Die Freizeichnungsklauseln des Spediteurs im Zusammenhang mit der Speditionsversicherung

nach den
Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen
vom 1. Juli 1930.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät (Rechtswissenschaftlichen Abteilung) der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

Vorgelegt von

Referendar Walter Weller

aus Eßlingen.

1931

Gatzer & Hahn, Graphische Werkstätten, Schramberg (Württemberg)

Referent: Professor Dr. Schönfeld.

Tag der Prüfung: 31. Juli 1930.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Onkeln
Hermann und Ernst Schoellkopf
in Zürich
gewidmet!

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung. 1

Abschnitt I: Die vertragliche Haftung des Spediteurs nach Maßgabe der Freizeichnungsklauseln.

§ 2. Die Geschichte der Freizeichnungsklauseln des Spediteurs. 7

§ 3. Zur Frage der grundsätzlichen Berechtigung der Freizeichnungsklauseln. 9

§ 4. Der Monopolmißbrauch als Verstoß gegen die guten Sitten. 13

I. Die Anwendbarkeit des § 138 BGB.

II. Die Anwendbarkeit des § 242 und des § 823 BGB.

III. Die ungewöhnliche Freizeichnungsklausel.

§ 5. Die Feststellung der ADSp durch die Wirtschaftsverbände und ihre juristische Bedeutung. 25

§ 6. Die Versicherungsfrage. 32

I. Die Bedeutung der Versicherungsfrage für die Freizeichnung.

II. Die Regelung der Versicherung in den ADSp und die Würdigung dieser Regelung.

§ 7. Der Zusammenhang der Freizeichnungsklauseln mit der Speditionsversicherung 55

I. im Fall gedeckter Versicherung,

II. im Falle nicht gedeckter Versicherung.

§ 8. Systematische Darstellung der subsidiären Freizeichnungsklauseln in den ADSp. 64

I. Die Haftungshöchstgrenze.

II. Die Haftungsbegrenzung.

III. Der Haftungsausschluß.

IV. Die Erfüllung der Haftpflicht.

V. Erlöschen der Haftung.

VI. Sonstige Haftungserleichterungen.

Seite

§ 9. Die rechtliche Anerkennung und Auslegung der subsidiären Freizeichnungsklauseln. 69

§ 10. Die Bedeutung der Kartellverordnnug für die Freizeichnungsklauseln. 102

Abschnitt II: Die Freizeichnungsklauseln und die außervertragliche Haftung des Spediteurs.

§ 11. Die Konkurrenzfrage im allgemeinen. 105

I. Das allgemeine Verhältnis zwischen Vertrags- und Deliktsansprüchen.

II. Das allgemeine Verhältnis zwischen Vertrags- und Eigentumsansprüchen.

III. Das allgemeine Verhältnis zwischen Eigentums- und Deliktsansprüchen.

§ 12. Die Haftung des Spediteurs nach den verschiedenen Tatbeständen. 108

I. Die Haftung auf Grund von Delikt und Besitz.

II. Die Haftung auf Grund von Bereicherung.

III. Die Haftung auf Grund von Geschäftsführung ohne Auftrag.

IV. Die Haftung auf Grund von culpa in contrahendo.

Literatur-Verzeichnis.

Bruck, E., Versicherung des Speditionsguts und Spediteurversicherung in der Juristischen Wochenschrift 1927 S. 2786 ff.

Carlebach, A., Die außervertragliche Haftung des Spediteurs und Frachtführers in JW 1922 S. 88.

Cosack, Konrad, Lehrbuch des Handelsrechts, 10. u. 11. Auflage 1923.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Band, 2. Auflage 1913.

Enneccerus, Ludwig, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil, 30. bis 34. Auflage; Recht der Schuldverhältnisse, 28. bis 30. Auflage, je 1928.

Fischer-Lehnich, Kommentar zur Kartellverordnung 1924.

Gierke, J. v., Freizeichnungen beim Umzugstransport im Zentralblatt für Handelsrecht 1926, S. 320 ff.
Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 3. Auflage 1929.

Goerres, Wilhelm, Das Deutsche Speditionsgeschäft im nationalen u. internationalen Verkehr, Tübinger Diss. v. 1909.

Hald, Zur Geschichte des Speditionsrechts in der Speditions- und Schiffahrtszeitung 1928 S. 877 ff.

Hay, Zur Neuregelung der ADSp in der Deutschen Wirtschaftszeitung 1927 S. 488 ff.
Die allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen in der Deutschen Wirtsch.-Zeitung 1927 S. 869.
Die ADSp in der Sped.- u. Schiff.Zeitung 1930 S. 517.

Isaac, Martin, Das Recht des Spediteurs, Berlin 1928.
Die neuen Allgemeinen Spediteurbedingungen im Zentralblatt für Handelsrecht 1928 S. 75 ff.
Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen in der Fassung vom 1. Juli 1929 in JW 1929 S. 2804 ff.
Haftungsbeschränkungen im Verkehrsgewerbe in der Sped.- u. Schiff.Zeitung 1927 S. 112 ff.
Gesetzgebung ohne Gesetz in JW 1927 S. 2785.

Isay-Tschierschky, Die Kartellverordnung 1925.

Kisch, Wilhelm, Bemerkungen zur Speditionsversicherung im Zentralblatt für Handelsrecht 1928 S. 271 ff.

Koehler, Die neuen Allgemeinen Spediteurbedingungen in der Leipziger Zeitschrift 1927 Sp. 1450 ff.
Spediteure und Wirtschaft bei Eger Bd. 46 S. 336 ff., Bd. 47 S. 14 ff., Bd. 48 S. 325 ff.

Kohler, Josef, Ueber Prozeßrechtliche Verträge und Kreationen bei Gruchot Bd. 31 S. 276 ff.

Krusemeyer, August, Die Haftungsbestimmungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Vereins Deutscher Spediteure. Erlanger Diss. v. 1927.

Kürbs, Friedrich, Das Speditionsgeschäft, Leipzig 1921.

Kuzner, Haben die organisierten Spediteure tatsächlich eine Monopolstellung? Verkehrsrechtliche Rundschau 1927 S. 1 f.

Lent, Friedrich, Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, 1. Bd. 1912.

Makower, H., Handelsgesetzbuch mit Kommentar 1. Bd. 12. Auflage 1904.

Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd. I. Abt. Schuldverhältnisse 1914, bearbeitet v. Siber, III. Bd. Sachenrecht 1920, bearbeitet von Brodmann, je 4. Aufl.

Reichsgerichtsräte, Kommentar der . . . zum bürgerlichen Gesetzbuch, 2. und 3. Bd. 6. Aufl. 1928.

Reuver, Die neuen Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen im Zentralblatt für Handelsrecht 1928 S. 65 ff., 191 ff, 389 ff.
Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen in der Fassung vom 1. Juli 1929, JW 1929 S. 2801 ff.

Richter, Die neuen Spediteurbedingungen und ihre rechtliche Anerkennung, JW 1929 S. 2032 ff.

Rosenberg, Leo, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts 1927.

Rundnagel, Ernst, Die Haftung der Eisenbahn, 3. und 4. Aufl. 1924, bearbeitet von Fritsch und Sperber.

Schreiber, Handelsbräuche 1922.

Schweinburg, Karl, Die Versicherung des Speditionsguts, Wien 1928.

Senckpiehl, Richard, Das Speditionsgeschäft nach Deutschem Recht, Hannover 1907.
Allgemeine Geschäftsbedingungen, Wiesbaden 1922.

Haftung von Eisenbahn, Post und Speditören, Wiesbaden 1922.
Die neuen Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen vom 1. Juli 1929, Zentralblatt für Handelsrecht 1929 S. 300 ff.

Simonson, Die vertragliche Beschränkung der Haftung, Jur. Rundschau 1929 S. 160.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 3. Bd. 1926, 4. Bd. 1927, je 12. und 13. Aufl.

Staudinger, J. v., Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl. 1928/30.

Stein-Jonas, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 1. Bd. 14. Aufl. 1928.

Verhandlungen des Deutschen Industrie- und Handelstags.

Waldheim, H. E., Die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen und ihre rechtliche Anerkennung in Sped.- und Schiff.Zeitung 1929 S. 633 ff.

Wedell, Die Rechtsgültigkeit der Speditionsgeschäftsbedingungen in Verkehrsrechtl. Rundschau 1927 S. 320 f.

Werneburg, Haftung des Spediteurs, insbesondere nach den Geschäftsbedingungen, in „Recht und Handel" 1927 S. 249.

Wiedmann, Walter, Der Sammelladungsspediteur nach § 413 Abs. 2 HGB. Erlanger Diss. von 1927.

Wolff, Martin, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 8. Bearbeitung 1929.

Wunderlich, Werner, Die Haftungsbeschränkung der Spediteure nach den Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen vom 7. Juli 1927, Tübinger Diss. 1929.

Wussow, Randbemerkungen zu dem Aufsatz des Rechtsanwalts Dr. Koehler „Spediteure und Wirtschaft" bei Eger Bd. 48 S. 115.

Die Rechtsprechung in den Zeitschriften:

Bankarchiv, herausgegeben von Riesser. (Bank A.).

Deutsche Wirtschaftszeitung Berlin.

Eger Georg, Eisenbahn- und Verkehrsrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen. (EEE).

Gerichtszeitung, Hanseatische (Hans. GZ).

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruch.).

Höchstrichterliche Besprechung, herausgegeben von Friedrichs u. a. (HRR).

Jahrbuch des deutschen Rechts, herausgegeben von Neumann (JDR).

Juristenzeitung, Deutsche (DJZ).

Juristische Rundschau.

Juristische Wochenschrift (JW).

Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (LZ).

Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (ROLG).

Recht, Das, Juristisches Zentralblatt für Praktiker.

Rechts- und Gerichtszeitschrift, Hanseatische (Hans.RGZ).

Rechtszeitschrift, Hanseatische (Hans.RZ).

Reichsgericht, Entscheidungen des . . . in Zivilsachen (RG).

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Speditions- und Schiffahrtszeitung, Berlin (SSZ).

Verkehrsrechtliche Rundschau (VR).

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Warn.).

Zentralblatt für Handelsrecht, Berlin (ZBH).

Abkürzungen.

ADS = Allgemeine Deutsche Seeversicherungsbedingungen.
ADSp = Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen vom 1. Juli 1930.
ADSp 27, bezw. 29 = Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen vom 10. Aug. 1927, bezw. vom 1. Juli 1929.
AG = Amtsgericht.
AGB = Allgemeine Geschäftsbedingungen.
BGB = Bürgerliches Gesetzbuch.
EVO = Eisenbahnverkehrsordnung.
GB = Geschäftsbedingungen.
HGB = Handelsgesetzbuch.
Isaac (oder Isaac Komm.) = Isaac, Das Recht des Spediteurs, 1928.
JÜ = Internationales Uebereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 23. 10. 24 (Gesetz vom 30. 5. 25).
KG = Kammergericht.
LG = Landgericht.
OLG = Oberlandesgericht.
RG = Reichsgericht und Entscheidungen des Reichsgerichts
RVS = Rollfuhrversicherungsschein.
Senckpiehl, Haftung = Senckpiehl, Haftung von Eisenbahn, Post und Spediteuren.
Sped. = Spediteur.
Staub = Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
SVS = Speditionsversicherungsschein.
Verhandlungen = Verhandlungen des Deutschen Industrie- und Handelstags.
VDSp = Verein Deutscher Spediteure.
ZPO = Zivilprozeßordnung.

§ 1.

Einleitung.

I.

Es ist heute zur Genüge bekannt, daß oftmals gesetzliche Vorschriften in Wirklichkeit ein Schattendasein führen und von dem lebenden Recht verdrängt werden. Lebendes Recht bildet sich, wenn die gesetzliche Regelung zu knapp und dürftig ist oder die Interessenwertungen, die der Gesetzgeber in den von ihm aufgestellten Normen festgelegt hat, den wahren Bedürfnissen des Verkehrs nicht entsprechen und von ihm nicht anerkannt werden. Der Verkehr sucht sich zunächst mit Einzelabreden zu helfen; wenn aber eine ganze soziale Gruppe, ein gesamter Wirtschaftszweig mit der gesetzlichen Regelung unzufrieden ist, kommt es, abgesehen von der Bildung einer Verkehrssitte und von Gebräuchen, zur Aufstellung von allgemeinen Geschäftsbedingungen durch die organisierten Unternehmer. AGB sind also eine Haupterscheinungsform lebenden Rechts.

Mit am frühesten im Vergleich zu anderen Wirtschaftszweigen (etwa dem Versicherungszweig) hat sich der Spediteur sein Spezialrecht geschaffen. Die heute, für ganz Deutschland geltende Regelung ist in den „Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen" vom 1. Juli 1930 enthalten.

Das Kernstück der früheren AGB der Spediteure, z. B. von 1924, waren die sogenannten Freizeichnungsklauseln; die juristisch wichtigste Frage war die Frage nach ihrer rechtlichen Wirksamkeit und Auslegung. Unter Freizeichnungsklausel versteht man den Ausschluß, die Beschränkung oder sonstige Erleichterung der nach dem Gesetz zu tragenden Haftung. Diese Klauseln sind auch heute noch das Hauptstück der ADSp, aber sie können nur im Zusammenhang mit dem Ersatz der Haftung, der sogenannten Speditionsversicherung, betrachtet werden. Die Speditionsversicherung ist eine Versicherung des Versenders oder „Auftraggebers des Spediteurs" (so die ADSp) gegen die Fehler des Spediteurs, für welche dieser nach dem Gesetz haften müßte, wenn er sich nicht frei gezeichnet hätte.

Dieser Weg des Haftungsersatzes durch Speditionsversicherung, die also das Gegenstück der Freizeichnung darstellt, ist auf Anregung der in der Wirtschaft bestehenden Kundenkreise des Spediteurs beschritten worden. Die ADSp sind nämlich nicht allein von der Spediteurseite aus aufgestellt, sondern sie sind durch die Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft unter Führung des Deutschen Industrie- und Handelstags festgestellt. Die Vereinbarung der Geschäftsbedingungen zwischen Spediteur und Wirtschaft soll beweisen, daß die Wirtschaft die Freizeichnungsklauseln im Zusammenhang mit dem Ersatz durch Versicherung billigt.

In dieser Arbeit sollen die Freizeichnungsklauseln auf ihre rechtliche Wirksamkeit und Auslegung untersucht werden. Die Untersuchung erstreckt sich dabei, wie dargelegt ist, notwendig auf die weiteren Fragen

1. des Einflusses der Vereinbarung mit der Wirtschaft
2. des Einflusses der Speditionsversicherung auf die Freizeichnungsklauseln.

II.

Von der Frage nach der rechtlichen Wirksamkeit muß die andere Frage unterschieden werden, unter welchen Voraussetzungen die ADSp und ihre Freizeichnungsklauseln für die Parteien maßgeblicher Inhalt des Speditionsvertrags werden. Denn nur als Vertragsinhalt sind sie beachtlich. Es ist nicht so, daß die ADSp etwa wie ein Tarifvertrag unmittelbar rechtsverbindlichen Charakter tragen würden. Vielmehr muß der individuelle Vertrag, den Versender und Spediteur schließen, stets die ausdrückliche oder stillschweigende Abrede enthalten, daß die ADSp gelten sollen.

Unter welchen Voraussetzungen insbesondere eine solche stillschweigende Abrede anzunehmen ist[1]), ist in Rechtsprechung und Literatur[2]) ausgiebig untersucht. Eine Zusammenstel-

[1]) Am häufigsten läßt sich eine solche Annahme darauf gründen, daß die AGB in gehöriger Weise öffentlich bekanntgemacht werden und dadurch zur Kenntnis des Auftraggebers gelangen (RG 109 S. 304). Was die ADSp angeht, so sind sie in weitestem Umfang der Oeffentlichkeit zugänglich gemacht worden. Sie sind in allen bedeutenden Tageszeitungen und Zeitschriften der Fachpresse wiedergegeben und zum großen Teil besprochen worden. Vgl. die Zusammenstellungen in SSZ 1927 S. 869 ff. und 1929 S. 887 ff.

[2]) Vergl. Senckpiehl AGB S. 15 ff.; Staub, Komm. zu § 346 Anm. 14, 17, Anh. Anm. 17 ff. Dort ist auch die Rechtspr. zitiert.

lung gibt Krusemayer in seiner Dissertation über die Haftungsbestimmungen der Spediteure Seite 8 ff. Darauf kann hier verwiesen werden. An dieser Stelle sollen nur einige Punkte, bei denen die Eigenart der ADSp stark hervortritt, kurz erörtert werden.

Diese — bereits angedeutete — Eigenart besteht darin, daß die ADSp nicht wie die meisten sonstigen AGB, die sich z. B. die Banken, Versicherungsgesellschaften, Reedereien, Garagenbesitzer und Vermieter geschaffen haben, einseitig von der Unternehmergruppe aufgestellt, sondern von der Unternehmer- und Versendergruppe zusammen vereinbart worden sind. Die ADSp sind in einer Kommission festgestellt worden, in der neben den Spediteuren die Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft vertreten waren: der Deutsche Industrie- und Handelstag, der Reichsverband der Deutschen Industrie, der Reichsverband des Deutschen Groß- und Ueberseehandels, die Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels, der Zentralverband des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes, der Deutsche Versicherungsschutzverband.

Die ADSp entsprechen also nicht der seither üblichen Begriffsbestimmung, wie sie etwa von Senckpiehl [1]) und Gierke [2]) für die AGB aufgestellt ist. Diese definieren die AGB als Vertragsbedingungen, die ein Unternehmer oder eine Gruppe von Unternehmern einseitig im Voraus festsetzt; von einer solchen einseitigen Festsetzung kann bei den ADSp nicht die Rede sein; übrigens war das auch schon seither im Hinblick auf die Allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen nicht möglich. Ja schon vor dem Krieg gab es solche „vereinbarte" Bedingungen, z. B. die „Verkaufs- und Lieferungsbedingungen", die von dem Verein Hamburger Exporteure und dem Verband Sächs.-Thür. Webereien zusammen aufgestellt worden waren [3]).

Was ferner die Auslegung der ADSp betrifft, so kann der Umstand, daß sie durch Vereinbarung zustande gekommen sind, dafür grundsätzlich keine Bedeutung beanspruchen. Es gelten die gleichen Grundsätze wie für die Auslegung der sonstigen AGB.

Sie richtet sich nach §§ 133, 157 BGB [4]). Die AGB als Erklärung des Unternehmers müssen auf ihren objektiven Sinn

[1]) AGB S. 13.
[2]) ZBH 1926 S. 323.
[3]) Vergl. Leo ZBH 1926 S. 118.
[4]) Vergl. Senckpiehl AGB S. 57 ff.

mit Rücksicht auf den Empfängerhorizont[1]) ausgelegt werden. Der Empfänger der Erklärung kann sich nur an den Wortlaut halten und zwar in einer Auffassung, die der des allgemeinen Verkehrs entspricht. Mit diesem Empfängerhorizont muß der Erklärende, der die AGB aufgestellt hat, rechnen. Ergibt sich also sein Wille nicht klar aus dem Wortlaut, so kann er nicht berücksichtigt werden. Die Gefahr von Unklarheiten in den von ihm aufgestellten GB trägt derjenige, der sie aufgestellt hat. Diesen Satz vertritt das RG in ständiger Rechtsprechung hauptsächlich für Versicherungsbedingungen[2]), aber auch für AGB großer Unternehmen oder von Verbänden[3]).

Es ist bestritten worden, daß dieser Auslegungsgrundsatz für die ADSp Geltung haben könne, da diese nicht von einer Vertragspartei einseitig verfaßt seien. So Isaac S. 75.

Diese Ansicht ist nicht richtig. Für den Erklärungsempfänger ist unbestrittenermaßen allein der Wortlaut maßgebend. Es kann ihm nicht zugemutet werden, aus der Entstehungsgeschichte jeder einzelnen Bestimmung deren Sinn zu entnehmen. Nicht er hat die Bestimmungen mit dem Sped. vereinbart, sondern die Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft mit dem VDSp. Für die Auslegung ist indessen allein maßgebend das spezielle Verhältnis zwischen dem, der seine Erklärung mit den ADSp als Erklärungsinhalt abgibt, und dem Erklärungsempfänger. Dieser aber muß die ADSp verstehen, wie sie sprechen. Das ist der Grundsatz. Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Sped. dartut, daß der Erklärungsempfänger über den von ihm angeblich gewollten Sinn unterrichtet gewesen ist[4]).

Der Grund für die Richtigkeit dieser Auffassung liegt darin, daß die ADSp nicht Gesetz sind, sondern, wie alle GB, Vertragsinhalt. Isaac begeht aber hier den grundsätzlichen Fehler,

---

[1]) Ein Ausdruck, den ich im Kolleg von Herrn Prof. Heck in Tübingen gehört habe.

[2]) Vergl. RG Bd. 81 S. 117; 86 S. 165; 91 S. 328; 94 S. 29; RG 21. 2. 21 SSZ 1921 S. 400.

[3]) Vergl. OLG Hamm 9. 2. 22 SSZ 1922 S. 424; RG 21. 10. 22 Gruch. 67 S. 650 (ganz allgemein für alle GB); RG 23. 9. 27 Recht 1927 Nr. 2396; RG 117 S. 105 (für Beförderungsbedingungen im Flugverkehr). — Freizeichnungen müssen im Zweifel einschränkend ausgelegt werden, da es Sache desjenigen ist, der eine Aenderung der gesetzlichen Bestimmungen herbeiführen will, dies eindeutig zum Ausdruck zu bringen. RG in LZ 1926, 378 Nr. 2; RG 21. 10. 1922 DJZ 1923, 113; OLG München 10. 11. 24 LZ 1925, 272.

[4]) OLG Hamm a. a. O.

daß er die ADSp dem Gesetz gleichstellt. (Vergl. seinen Aufsatz in JW 1927 S. 2785 ff. mit der Ueberschrift „Gesetzgebung ohne Gesetz") [1]).

III.

Die Hauptfrage in dem Problemkreis der Freizeichnungsklauseln ist die Frage nach ihrer Gültigkeit und Wirksamkeit [2]). Hier soll eine Uebersicht über die Gesichtspunkte gegeben werden, nach denen einer Klausel die rechtliche Anerkennung versagt werden muß.

1. Eine Bestimmung darf nicht gegen zwingende Gesetzesvorschriften verstoßen, z. B. nicht gegen § 276 Abs. 2 BGB.

2. Ein Vertrag ist nichtig, wenn er gegen die guten Sitten verstößt. § 138 BGB. Damit das zutrifft, müssen folgende Voraussetzungen zusammentreffen:

a) es muß ein Monopol des Unternehmers vorliegen, von dem die GB ausgehen, also z. B. des Spediteurs.

b) dieses Monopol muß mißbraucht sein, derart, daß dem allgemeinen Verkehr unbillig große Opfer auferlegt werden.

c) es darf sich nicht um eine bloße Spesenfrage handeln.

3. Das Reichsgericht hat den Satz aufgestellt, daß die GB nicht solche Bestimmungen enthalten dürfen, die eine freiwillige Unterwerfung von vornherein ausgeschlossen erscheinen lassen und deshalb nicht üblich sind. (RG 103 S. 86; OLG München 10. 11. 24 LZ 1925, 272). Einer Bestimmung in den ADSp darf also nicht der Vorwurf der Abnormität gemacht werden.

4) Nach § 10 Kartellverordnung kann ein Rücktrittsrecht bestehen bezw. Nichtigkeit des Vertrages gegeben sein.

IV.

Im folgenden sollen die Freizeichnungsklauseln nach den eben dargestellten Gesichtspunkten untersucht werden. Es ist bereits auf den Zusammenhang mit der Speditionsversicherung hingewiesen worden. Dieser Zusammenhang macht es notwendig, zwischen zwei Arten von Freizeichnungsklauseln zu unter-

[1]) Zu bemerken ist noch, daß typische Vertragsklauseln vom RG selbständig ausgelegt werden (RG 94 S. 26).

[2]) Ueber das Problem der teilweisen Nichtigkeit vergl. Diss. Wunderlich S. 83 ff.

scheiden, nämlich zwischen den primären und den subsidiären. Die primäre Klausel ist in § 41 ADSp enthalten; sie zeichnet den Sped. frei für den Fall, daß der Versender versichert ist. Die subsidiären Bestimmungen greifen Platz, wenn der Versender nicht versichert ist. Sie sind in den ADSp viel reichhaltiger ausgestaltet als die primären Klauseln. Worin sie im einzelzelnen bestehen, soll erst bei ihrer eingehenden Untersuchung gezeigt werden (vergl. § 8 dieser Arbeit), da ihre Kenntnis vorher nicht notwendig ist.

Dagegen ist es geboten, vor einer Untersuchung der einzelnen Klausel des näheren zu erörtern, unter welchen Voraussetzungen eine solche in AGB enthaltene Bestimmung ganz allgemein wider die guten Sitten verstößt. Dabei ist auf die Geschichte der Freizeichnungsklauseln des Sped. und auf die Frage ihrer grundsätzlichen Berechtigung einzugehen (§ 2 und § 3) und insbesondere auch die Monopolrechtsprechung des RG vor der Aufstellung der ADSp (§ 4) zu berücksichtigen. Von dieser Grundlage aus können dann alle weiteren Probleme gestellt und beantwortet werden.

Verzichtet wird in dieser Arbeit darauf, einen Ueberblick über die gesetzliche Haftung des Sped. und überhaupt der Verkehrsunternehmer zu geben. Ein solcher wäre an sich wünschenswert, um den Unterschied gegenüber der Haftung des Spediteurs nach den ADSp scharf hervortreten zu lassen. Es muß aber bei der Untersuchung der einzelnen Klausel doch auf die gesetzlichen Bestimmungen zurückgegangen werden und im übrigen kann auf die Diss. Wunderlich (S. 14 bis 47) verwiesen werden, wo eine Parallele zwischen den gesetzlichen Vorschriften und den Bestimmungen der ADSp durchgeführt ist.

Abschnitt I.

Die vertragliche Haftung des Spediteurs nach Maßgabe der Freizeichnungsklauseln.

Die ADSp gelten, soweit sie Vertragsinhalt geworden sind und nicht aus besonderen Gründen ihre Nichtigkeit oder Unwirksamkeit resultiert.

§ 2b ADSp bestimmt, daß die ADSp gegenüber besonderen oder örtlichen GB inländischer Spediteurvereinigungen oder einzelner inländischer Speditionsfirmen, Handelsbräuchen und gesetzlichen Bestimmungen den Vorrang haben.

Diese Bestimmung sagt entweder etwas Selbstverständliches oder etwas Unmögliches. Immer nur der Vertragsinhalt ist maßgebend. Wollten also die Parteien die Bedingungen eines lokalen Vereins zu Grunde legen und haben sie dies erkennbar (ausdrücklich oder stillschweigend) erklärt, so gelten diese. Wollten die Parteien gar keine GB zu Grunde legen, oder aber sie wollten das, erklärten aber ihren Willen nicht, so gelten dispositive Gesetzbestimmungen und Handelsbräuche. Niemals kann es aber so sein, daß man von einem „Vorgehen" der ADSp sprechen kann. Sie sind auch nicht bei der Auslegung als an erster Stelle in Betracht kommende Bestimmungen zu betrachten, denn der § 2b gilt auch nur, falls er vereinbart ist[1]).

Sind die ADSp aber Vertragsinhalt, so gehen sie dem dispositiven Gesetzesrecht vor. Daß diese Voraussetzung zutrifft, muß für alle folgenden Ausführungen unterstellt werden.

§ 2.

Die Geschichte der Freizeichnungsklauseln des Spediteurs[2]).

In der Zeit vor den Kodifikationen des Handelsrechts galt strenge Verschuldenshaftung. Das zeigt sehr deutlich ein Nürnberger Handelsgerichtserkenntnis vom 26. 8. 1825[3]):

---

[1]) Bedenken gegen § 2 ADSp (so Richter JW 1929, 2033) bestehen daher nicht.

[2]) Vergl. Reuver ZBH 1928 S. 67; Isaac 28 S. 75; Komm. S. 56, 408 f. OLG Hambg. 10. 4. 22. Hans. RZ 1923 S. 143, abgedruckt bei Isaac S. 431; Hald SSZ 1928 S. 877 ff. — Die Entwicklungsgeschichte des Speditionsgeschäftes ist dargestellt in der Tübinger Diss. von W. Goerres 1909 „Das Sped.Geschäft usw." S. 7 ff.; Friedr. Kürbs „Das Sped.Geschäft" S. 1 ff.

[3]) Abgedruckt bei Hald a. a. O. S. 877.

„Man mag den Spediteur als einen Bevollmächtigten oder als Geschäftsführer oder als locator operarum betrachten, so ist er immer für jeden auch aus dem kleinsten und beizumessenden Versehen entstandenen Nachteil und Schaden verantwortlich; denn er übernimmt ein Geschäft, welches seiner Natur nach eine vorzügliche Sorgfalt und besondere Sachkenntnis erfordert, ja er muß sogar den Zufall vertreten, wenn er entweder gegen den Auftrag des Kommittenten gehandelt oder durch seine Schuld den Zufall und den aus demselben hervorgehenden Schaden veranlaßt hat."

An dem Verschuldensprinzip ist in den deutschen Kodifikationen festgehalten.

Erstmalig in der Geschichte ist der Versuch der englischen Frachtführer, ihre Haftung zu beschränken. Dieser Versuch wurde unter gewissen Voraussetzungen von der englischen Rechtsprechung und später Gesetzgebung (1830 Carriers Act) gutgeheißen. In Amerika finden wir eine beschränkte Haftung des Schiffseigners auf Grund der Harter Act 1893. Im deutschen HGB ist in diesem Zusammenhang die Regelung der Haverei (§ 700) zu erwähnen.

In Deutschland hat zuerst die Hafenschiffahrt Hamburgs 1889 Haftungsbeschränkungen eingeführt in den sogenannten Ewerführerbedingungen. Der Grund war das Mißverhältnis zwischen Risiko und Vergütung. 1910 beschränkten die Rollfuhrunternehmer von Hamburg ihre Haftung mit der Grenze von 60 Mk. für 50 Kg. Im April 1917 während des Krieges, also in einer kritischen Zeitlage, folgte der Verein Hamburger Spediteure mit der gleichen Haftungsgrenze wie die Rollfuhrunternehmer. Diese Einführung wurde mit der großen Unsicherheit im Verkehr als einer Folge des Krieges begründet. Die Unsicherheit der Nachkriegsverhältnisse lieferte die gleiche Begründung für die allgemeinen Bedingungen des Vereins Hamburger Spediteure vom 1. 4. 1921. Nur mit dieser Begründung konnte die Haftungseinschränkung sich durchsetzen; mit jeder anderen Begründung wäre sie gescheitert.

Die allgemeinen Beförderungsbedingungen des Vereins deutscher Spediteure vom 1. 6. 1908 (bis 25. 5. 1914 in Geltung) und 9. 4. 1922 (bis 1. 5. 1923 in Geltung) enthalten keine ausgesprochenen Freizeichnungsklauseln [1]). Nur die Haftung aus § 413 HGB wird ausgeschlos-

[1]) Diese wurden damals von den örtlichen Vereinigungen festgesetzt.

sen und als Höchstgrenze jeder Haftung der deklarierte bezw. der gemeine Wert bestimmt. Viel weiter gehen schon die Lagerbedingungen des VDSp von 1921 §§ 14 ff.

In den AGB der Sped. vom 1. 5. 1923 und vom 1. 1. 1924 wird die Haftungsbeschränkung mit Wirkung für das gesamte deutsche Speditionsgewerbe aufgenommen. Die Grenze beträgt 20 GM. für 100 kg Brutto, niemals mehr als 400 GM.

Diesen AGB folgen die ADSp vom 10. Aug. 1927 und in neuer Fassung und Bearbeitung die ADSp vom 1. 7. 29 und vom 1. 7. 1930. In ihnen ist die Haftungsgrenze bedeutend erhöht. Die in ihnen enthaltenen Freizeichnungsklauseln werden in §§ 7, 9 untersucht.

Die geschichtliche Entwicklung zeigt klar, daß die Haftungsbeschränkung vom örtlichen Transportgewerbe, vom Rollfuhrunternehmer ausgegangen ist. Hier ist sie ein Bedürfnis, denn hier sind ungemessene Haftungsmöglichkeiten vorhanden; anders ist es beim reinen Speditionsgeschäft, das nur in der Besorgung der Versendung besteht. Indessen hat es ein Spediteur nicht bloß damit zu tun, er ist häufig auch Frachtführer, Kommissionär, besorgt Bankgeschäfte usw.

Damit sind wir bei der grundsätzlichen Erörterung der Frage angelangt, ob und gegebenenfalls in welchem Maße die Freizeichnungsklauseln zulässig sind.

§ 3.

Zur Frage der grundsätzlichen Berechtigung der Freizeichnungsklauseln.

Die Freizeichnungsklauseln sind von den Sped. eingeführt worden, weil nach ihrer Behauptung die volle gesetzliche Haftung für sie nicht tragbar ist. Diese Haftung könnte zu ihrem wirtschaftlichen Ruin führen. Sie weisen darauf hin, daß der moderne Massenverkehr billig sein müsse, anderseits für die Güter Gefahren mit sich bringe. Die notwendige Billigkeit schließe aber eine Extravergütung für die Risikoübernahme durch den Sped. aus [1]). Das Mißverhältnis zwischen Vergütung und Risiko sei deshalb zu groß. Auf die modernen Verhältnisse passe das alte römisch-rechtliche Verschuldensprinzip nicht mehr [2]).

[1]) Isaac SSZ 1928 S. 368 ff.

[2]) So Isaac S. 406 f., 410; Koehler EEE 46 S. 340; Wussow EEE 48 S. 116.

In diesem Zusammenhang [1]) wird auch die erleichterte Haftung anderer Verkehrsunternehmen geltend gemacht, wie der Eisenbahn nach dem internationalen Uebereinkommen vom 23. 10. 24 oder der Reedereien [2]). Für die ADSp vor allem wird die Zustimmung der Wirtschaftsverbände als Begründung für die Notwendigkeit der Einschränkung der gesetzlichen Haftung herangezogen und darauf aufmerksam gemacht, daß die gleiche Entstehungsgeschichte wie bei den allgemeinen Deutschen Seeversicherungsbedingungen vorliege [3]).

Diese — wenn ich so sagen darf — ratio legis ist nicht ohne Widerspruch geblieben. Besonders Reuver [4]) hat dagegen Front gemacht und durch Argumente verschiedener Art nachzuweisen versucht, daß der Sped. grundsätzlich in der Lage sei, die volle Haftung zu tragen. Diese Argumente sollen hier nicht wiederholt werden; wir wollen nur versuchen, die dargestellte ratio legis einer kritischen Betrachtung zu unterziehen. Dabei sind zweckmäßigerweise Erwägungen wirtschaftlicher Natur von den mehr juristischen Argumenten zu trennen.

1. Vor dem Krieg haben die Sped., ebenso wie heute noch die meisten ausländischen Sped. [5]) voll gehaftet. Der heutige Versuch der deutschen Sped., die Haftung zu beschränken, kann demnach natürlich nicht in ihrer Böswilligkeit seinen Grund finden, sondern deutet auf eine wirtschaftliche Veränderung in der Lage des Gewerbes.

Ein finanziell leistungsfähiges Speditionsgewerbe, das gut verdient, wird die volle Haftung auf sich nehmen; dafür sorgen ökonomische Tatsachen, nämlich die Konkurrenz. Die Konkurrenzwirtschaft hört aber in der Zeit nach dem Krieg auf zu bestehen — aus rein wirtschaftlichen Gründen, weil sich nämlich sonst die Unternehmer eines Wirtschaftszweiges oft zu Tode konkurriert hätten. Die sinkende Rentabilität der Unter-

[1]) Auf die Begründung, die in dem Argument der geschichtlichen Entwicklung vorgebracht wird, nämlich die Unsicherheit der Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse wird hier nicht mehr eingegangen. Für die Nachkriegsverhältnisse kann diese Begründung nur bis etwa 1925 Geltung beanspruchen. Vergl. Kürbs, das Speditionsgeschäft S. 11.

[2]) Isaac S. 415 f. SSZ 1928 S. 368, ZBH 1928 S. 75.

[3]) Isaac S. 62 (dagegen besonders Reuver ZBH 1928 S. 191 ff.), Leo in Nr. 44 des Wirtschaftsdienstes vom 4. 11. 27, zitiert nach SSZ 1927 S. 815.

[4]) ZBH 1928 S. 67 ff.

[5]) Vergl. Reuver a. a. O. S. 69.

nehmen, also die Not, zwang zum Zusammenschluß, in gewissem Sinn zur Monopolwirtschaft. Diese ist nicht zu bekämpfen, nur ihr Mißbrauch.

Eine solche Entwicklung hat auch das Speditionsgewerbe durchlaufen. Vor dem Kriege ging es den Spediteuren gut. „Es hat in Friedenszeiten Speditionsunternehmen gegeben, die bei voller Haftung ebenso hohen Gewinn abwarfen, wie die allerersten Industriefirmen." [1]). Heute ist es anders geworden. „Der wahre Grund, aus dem der Sped. so zäh an der Haftungseinschränkung festhält, ist der, es geht dem Speditionsgewerbe außergewöhnlich schlecht." [2]) „Mit Hilfe der Haftungseinschränkung glaubt sich das Speditionsgewerbe über die schweren Zeiten hinwegzuhelfen." [3]).

Die mangelnde Leistungsfähigkeit des Speditionsgewerbes allein gibt aber noch keinen zwingenden wirtschaftlichen Grund für eine Freizeichnung, vielmehr ist es erforderlich, die volkswirtschaftliche Notwendigkeit des Speditionsgewerbes erwiesen zu sehen. Denn fehlt diese, so bedeuten die Freizeichnungsklauseln nur einen vergeblichen Versuch, dem Gewerbe das Leben zu fristen. Ein näheres Eingehen auf diese rein wirtschaftspolitische Frage verbietet sich jedoch im Rahmen dieser Arbeit; hier ist eine wirtschaftliche Instanz zum Urteil berufen und die Spitzenverbände der deutschen Wirtschaft haben ein solches durch ihre Zustimmung zu den ADSp auch bereits in bejahendem Sinne gefällt. Es sei ferner daran erinnert, wie vor wenigen Jahren der deutsche Industrie- und Handelstag sich gegen die Uebernahme des Speditionsgeschäfts durch die Eisenbahn ausgesprochen hat [4]).

---

[1]) Reuver a. a. O. S. 69.

[2]) Damit nimmt Reuver seinem Argument, die Spesen seien auch heute nicht gedrückt (a. a. O. S. 70), selbst die durchschlagende Kraft.

[3]) Reuver a. a. O. S. 70.

[4]) Vgl. auch Reuver a. a. O. S. 70. — Eingehende Nachweise für die wirtschaftliche Zweckmäßigkeit und Berechtigung der Spedition vom volkswirtschaftlichen Standpunkt in Goerres S. 44—49. — Eine Anerkennung der Spedition durch die internationale Wirtschaft ist auch in dem Antrag von Sandemann Allen, Präsident der Handelskammer in Liverpool, den dieser in einem Ausschuß des Eisenbahnverkehrsausschusses der intern. Handelskammer vom 2. 2. 27 in Paris stellte, zu erblicken: „That International Commerce has put forward the such demand being satis-fied with the work done by forwarding Agents. It is certain that any change would militate the interests of commerce."

Damit ist die wirtschaftliche Rechtfertigung dafür gegeben, daß Freizeichnungsklauseln nicht von vornherein und grundsätzlich abzulehnen sind (so wie es Richter tut JW 1929 S. 2035).

Die gesetzliche Haftung ist für den Spediteur unter dem Druck der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht in jeder Beziehung tragbar. Dagegen kann man nicht einwenden, wie Reuver a. a. O. S. 70 es tut, man solle den Sped. doch so bezahlen, daß er bei voller Haftung gewinnbringend arbeiten könne, denn die Billigkeit des Transportes ist, wie Isaac ZBH 1928 S. 76 mit Recht betont, wirtschaftlich notwendig. Wo also diese durch eine Freizeichnung erkauft werden kann, sollte man sie zulassen. Daß die Prämienlast des Kunden, wozu er bei der Speditionsversicherung gezwungen wird, der Billigkeit des Transportes nicht entgegensteht, werden wir sehen. Im übrigen lehnt auch Reuver nicht jede Freizeichnung ab; für Rollfuhrrisiko und Wertsachen hält er sie für notwendig (a. a. O. S. 74).

Ein weiteres wirtschaftliches Argument für die Freizeichnung ist das Mißverhältnis zwischen Vergütung und Risiko. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß dem Sped. nicht zuzumuten ist, ein Risiko ohne Vergütung zu übernehmen. Der Kaufmann tut nichts umsonst. Das Risiko ist aber in Wirklichkeit nicht so groß, daß man von ungemessenen Haftungsmöglichkeiten sprechen kann[1]). Die meisten Verluste ereignen sich beim Rolltransport und bei der Lagerung; die Gefährlichkeit des Betriebs kommt nur in Betracht, wenn der Sped. sich auf die Zuverlässigkeit seiner Leute, insbesondere gewerblichen Personals, verlassen und sich fremder Hilfskräfte bedienen muß — also nicht bei typischen Spediteurfehlern, wie Fehldirigierung, Unterlassung der Nachnahmeerhebung, wo nur Mehrkosten entstehen. Soweit der Sped. aber wirklich ein Risiko trägt und dafür nicht bezahlt wird, weil es die Billigkeit des Transportes fordert, ist eine Freizeichnung auch wirtschaftlich gerechtfertigt. Damit ist aber keineswegs jede Freizeichnung begründet.

2. Die juristischen Erwägungen weisen besonders auf einen Vergleich mit der Haftung anderer Monopolunternehmen hin. Was Eisenbahn und Post betrifft, so vgl. § 4. Richtig ist, daß die Haftung der Reederei eingeschränkt ist; aber nirgends findet eine Freizeichnung von der Haftung für eigenes Verschulden statt. Den Beweis für diese Behauptung liefern acht mir vor-

[1]) So Isaac ZBH 28 S. 75. Dagegen überzeugend Reuver a. a. O. S. 191 ff.

liegende Konnossemente sieben verschiedener deutscher und ausländischer Reedereien: des Norddeutschen Lloyds, der Hapag (Nordamerika- und Südamerikadienst), der Hamburg-Südamerikanischen Dampfschiffahrtsgesellschaft, des Lloyd Royal Belge, der Booth Steam Ship Company Ltd., der Peninsular & Oriental Steam Nav.Comp., der Cio de Navegaçâo Lloyd Brasileiro. Die Verschuldenshaftung ist im Vergleich zu den ADSp. lange nicht so erheblich eingeschränkt wie dort. Die Haftung für einen durch Verschulden des Kapitäns oder einer sonstigen Person im Dienst der Reederei entstandenen Schaden ist ausgeschlossen; gemeint sind aber offensichtlich nicht kaufmännische Angestellte. Interessant ist die Bestimmung, daß die Reederei nicht für Schäden haftet, die durch Versicherung gedeckt werden können. (The Shipowners are not liable for any loss, detriment or damage to any Goods which are capable of being covered or which has been paid for by Insurance). Darin ist aber nicht eine Freizeichnung von eigenem Verschulden enthalten, weil ein dadurch entstehender Schaden durch Versicherung nicht gedeckt werden kann. Eine Versicherung für Fehler des Reeders gibt es nicht; eine solche für Fehler des Sped. ist 1927 als gänzlich neue Form geschaffen worden in Gestalt der sogenannten Speditionsversicherung.

Die Anerkennung der Bedingungen durch die Wirtschaft ist ein sehr schwerwiegendes Argument. Es ist von Bedeutung nach zwei Seiten: einmal für die Frage, ob man infolge der Vereinbarung mit der Wirtschaft noch von einem Monopol der Sped. sprechen kann, dann für die andere Frage, ob die Vereinbarung den Gerichten den Boden für die Prüfung der Unsittlichkeit der Freizeichnungsklauseln entzieht.

Beide Fragen sind bestritten und werden im folgenden dargestellt.

§ 4.

Der Monopolmißbrauch als Verstoß gegen die guten Sitten.

I.

Der Speditionsvertrag, der gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. Es ist nach der ständigen und allgemein anerkannten Rechtsprechung des RG grundsätzlich notwendig, daß beide

Vertragsteile gegen die guten Sitten verstoßen. Von diesem Grundsatz sind aber Ausnahmen zu machen, wie sie auch das RG anerkennt, z. B. bei Knebelverträgen, nämlich dann, wenn das sittenwidrige Verhalten des einen Teiles sich gerade gegen den andern Teil richtet. (RG 120 S. 148; 114 S. 341; 108 S. 215.) Das wird immer dann der Fall sein, wenn ein Teil durch den andern ausgebeutet wird, der eine auf den andern angewiesen und infolge der wirtschaftlichen Macht des andern von diesem abhängig ist.

Es verstößt allerdings nicht gegen die guten Sitten, wenn jemand die wirtschaftliche Macht, die er inne hat, für sich ausnützt und daraus Vorteile zu schlagen sucht. Es widerspricht nur dann dem sittlichen Empfinden, wenn er seine wirtschaftliche Macht in einer Weise ausnützt, die in der Sphäre seines Vertragsgegners einen unverhältnismäßigen Schaden anrichtet, wenn er also seine Macht mißbraucht.

Unter wirtschaftlicher Macht ist ein Verhältnis der Vertragsparteien zu verstehen, das die eine Partei zwingt, gerade mit dem Machtinhaber zu kontrahieren. M. a. W. wirtschaftliche Macht ist gleichbedeutend mit Monopol. Der bewußte Mißbrauch eines solchen Monopols erfüllt den Tatbestand des § 138 BGB.

Wenn man einen Speditionsvertrag unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, so ist in erster Linie zu erörtern, ob der Sped. eine Monopolstellung einnimmt und gegebenenfalls, ob der Monopolcharakter dadurch beseitigt wird, daß die ADSp mit den Spitzenverbänden der Wirtschaft vereinbart sind.

1. Die Spedition ist ein für den Verkehr unentbehrliches Gewerbe[1]). Ein rechtliches Monopol, wie die Post, besitzt der Sped. auf keinen Fall. Ein tatsächliches Monopol ist unter allen Umständen mit dem Ausschluß jeder Konkurrenz gegeben. Indessen ist es nicht etwa notwendig, daß alle Sped. an einem Ort dem Verbandsmonopol angehören müßten. Der Umstand, daß Außenseiter vorhanden sind, darf nicht dazu führen, das Vorliegen eines Monopols zu verneinen; im Gegenteil spricht der Umstand, daß man von Außenseitern redet, für das Vorliegen eines Monopols. Monopol ist nichts weiter wie der Gegensatz zur freien Konkurrenzwirtschaft, in der sich die Preise und überhaupt die Geschäftsbedingungen als Ergebnis von freiem Angebot und freier Nachfrage bilden. Wenn aber eine

[1]) Das haben wir in § 3 nachgewiesen; vergl. auch Diss. Wunderlich S. 53.

wirtschaftliche Macht derart den Markt beeinflußt, daß die Mehrzahl der Geschäfte nach ihrem Angebot geschlossen werden (während die Außenseiter eine vielleicht beträchtliche Anzahl von Geschäften zu dem Versender günstigeren Bedingungen abschließen), dann ist diese wirtschaftliche Macht als Monopol zu betrachten.

Auch das RG[1]) verlangt nicht etwa ein absolutes Monopol. Es genügt vielmehr, wenn die in Betracht kommenden Unternehmen eine Gruppe bilden, auf deren Inanspruchnahme ein bestimmter Kreis der Geschäftswelt bei der Abwicklung seiner Geschäfte angewiesen ist, weil die Angehörigen jener Gruppe nach der Anschauung des Verkehrs im wesentlichen allein die Gewähr für eine den Anforderungen dieses Verkehrs entsprechende Ausführung des Geschäfts bieten und im Fall des Haftungseintritts ausreichenden Vermögensrückhalt besitzen, um Ersatzforderungen nachkommen zu können; denn in einem solchen Fall befindet sich der kaufmännische Verkehr gegenüber jener Unternehmergruppe in einer Zwangslage.[2]).

Wesentlich enger wird der Begriff des Monopols von Senckpiehl[3]) und Isaac[4]) gefaßt. Sie verlangen ein absolutes Monopol, das nur vorliege, wenn kein anderer oder so gut wie kein anderer Sped. am Platze sei außer dem kartellierten Sped. Denn ein Monopol ist nach ihrer Meinung das ausschließliche Recht zur Vornahme gewisser Leistungen.

Diese Ansicht verkennt m. E., daß es sich nicht darum handelt, eine scharf abgegrenzte Bestimmung des Begriffs „Monopol" zu geben. Es handelt sich vielmehr nur um die Frage, gewisse Voraussetzungen für die Sittenwidrigkeit zu finden und aufzustellen. In der gesetzlichen Vorschrift des § 138 BGB ist der Begriff des Monopols nicht enthalten. Wenn die Rechtsprechung also Sätze aufstellt, wie: Monopolmißbrauch ist sittenwidrig, so will sie damit nur regelmäßige Anhaltspunkte für die Anwendbarkeit und Auslegung des § 138 BGB geben. Es läßt sich allerdings auch über solche Anhaltspunkte streiten. Man wird aber nicht an der Tatsache vorübergehen können, daß in Wahrheit die meisten guten und zahlungskräftigen Sped. dem Verbandsmonopol angehören. Das beweisen die Ausfüh-

[1]) RG 115 S. 220. Ebenso Gierke ZBH 1926 S. 324 und Wedell VR 1927 S. 322.
[2]) Ebenso KG in EEE 47 S. 353, Urteil vom 3. 3. 28.
[3]) AGB S. 64.
[4]) S. 418.

rungen von Reuver, dem Syndikus einer Speditionsfirma in ZBH 1928 S. 73: „Wer die praktischen Verhältnisse kennt, weiß, daß alle angesehenen Firmen Mitglieder des VDSp sind, daß es zwar eine Menge Nichtmitglieder in jeder großen Stadt gibt, daß diese aber sämtliche kleine, unbedeutende, in Spediteurkreisen als der Mitgliedschaft unwert geltende Firmen sind, die zudem unter der Flagge eines Sped. nichts als reine Rollfuhrunternehmer darstellen."

Wenn das richtig ist und es wird für manche, wenn auch gewiß nicht alle Plätze zutreffen, so wird weiter sich niemand dem Gedanken verschließen, daß es in aller Regel dem Versender nicht zuzumuten ist, sich eines anderen, schlechten, dem Verbandsmonopol allerdings nicht angehörigen Sped. zu bedienen. Er würde sonst Gefahr laufen, seine etwaigen Schadensersatzansprüche nicht realisieren zu können.

Das RG (99 S. 107) geht mit Recht sogar noch einen Schritt weiter: nach ihm kommt es nicht einmal darauf an, ob etwa im einzelnen Fall ein Kunde den Abschluß eines Vertrags hätte vermeiden und infolge günstiger Umstände ein Geschäft hätte selbst erledigen können. Entscheidend ist stets, welche Stellung gerade der Unternehmer im allgemeinen Verkehr einnimmt. Der Sped. hat also ein Monopol auch dann, wenn sein Vertragsgegner zufällig einen Lastwagen besitzt und das Gut selbst zur Bahn befördern und dort aufgeben könnte. Denn für Geschäfte dieser Art ist einmal der Sped. da und er selbst wird seinen Vertragsgegner nicht als Konkurrenten betrachten. Dann kann er aber auch seiner Stellung nicht den Monopolcharakter absprechen.

Die weitere Frage, ob alle diese Gesichtspunkte zutreffen, ist tatsächlicher Natur[1]). Sie kann immer nur für ein lokalbeschränktes Gebiet gestellt werden[2]), etwa für eine große Stadt, z. B. Berlin, Köln. Maßgebend ist immer der Kreis von Sped., der dem Auftraggeber nach Maßgabe der Verhältnisse z. Zt. der Auftragserteilung zur Auswahl und Verfügung steht. Er wird verschieden sein, je nachdem der Auftraggeber ein Industriekonzern, ein Großkaufmann, ein Kleinkaufmann oder ein Privatkunde ist. Der Grund für diese Ansicht liegt darin, daß nur das Vertragsverhältnis zwischen Sped. und Auftraggeber

[1]) Kuzner VR 1927 S. 1 ff.; er verneint die Frage schlechthin.
[2]) So auch Waldheim SSZ 27, 529 (von der SSZ aus der Hafenverkehrszeitung vom 1. 7. 27 entnommen).

ins Auge zu fassen ist[1]). Deshalb darf die Frage auch nicht etwa so gestellt werden, ob dem VDSp eine Monopolstellung zukommt. Der VDSp ist nie Vertragsgegner; von einer Monopolstellung für ganz Deutschland zu reden, wäre unmöglich[2]).

Aus diesen Gründen ist auch die Ansicht nicht haltbar, daß nach der Zustimmung der Spitzenverbände infolge der dadurch geschaffenen „Vereinbarung" von einem Monopol der Sped. nicht mehr die Rede sein könne und deswegen die Rechtsprechung des RG überholt sei.

Diese Ansicht wird von Waldheim in SSZ 1927, 529 und anscheinend auch von Leo in SSZ 1927, 815 vertreten; ferner von einem Urteil des LG Königsberg 9. 4. 29 SSZ 29, 413.

Diese Ansicht ist falsch. Man muß zwischen der Vereinbarung des VDSp und den Spitzenverbänden einerseits, dem individuellen Sped.Vertrag anderseits unterscheiden. Nur in dem Sped.Vertrag werden die ADSp Vertragsinhalt, nur von diesem Standpunkt aus ist ihre rechtliche Wirksamkeit zu untersuchen. Es ist klar, daß die Sped. gegenüber den Spitzenverbänden kein Monopol hatten; gegenüber dem einzelnen Versender kann aber sehr wohl ein Monopol bestehen. Und nur darauf kommt es hier an; die Frage, ob nach der Vereinbarung mit der Wirtschaft die einzelnen Klauseln einen Monopol m i ß b r a u c h darstellen, steht auf einem anderen Blatt. Das Ergebnis unserer Ausführungen ist also: Es kommt immer auf den einzelnen Fall an, weil die Frage, ob ein Monopol vorliegt, tatsächlicher Natur ist[3]).

Das Vorliegen eines Monopols ist z. B. vom KG für Berlin in ständiger Rechtsprechung verneint worden[4]). Ebenso vom OLG Braunschweig[5]) für Braunschweig und vom AG Dort-

[1]) Das verkennt völlig Waldheim a. a. O., ebenso anscheinend Leo SSZ 27, 815. Aus den Darlegungen Leos geht nur hervor, daß die ADSp als Ganzes nicht der Vorwurf der Sittenwidrigkeit treffen kann. Das ist aber von geringer Bedeutung. Richtig Delmonte Voss. Zeitung vom 14. 6. 27, zitiert nach SSZ 1927, 815.

[2]) A. M. Koehler L.Z. 1927, 1454; ebenso anscheinend Wussow EEE 48, 124.

[3]) Isaacs Behauptung S. 420, das Sped.Gewerbe widerstrebe seiner Natur nach in der Regel einem Monopol, entbehrt jeder Begründung.

[4]) KG 3. 3. 28 EEE 47, 353; 10. 11. 28 EEE 48, 174; 12. 6. 29 SSZ 1930 S. 8, anderer Ansicht RG 18. 3. 25 EEE 43, 100.

[5]) OLG Braunschweig 4. 11. 27 VR 1928, 443.

mund für Dortmund[1]) u. [2]). Bejaht wurde das Monopol in München[3]), ferner für Köln[4]).

Zu erwähnen ist noch, daß die ein Monopol begründenden Tatumstände nicht revisibel sind; wohl aber ist die Frage, ob dem Begriff des Monopols genügt ist, eine Rechtsfrage. Das RG hat diese Frage auch stets untersucht.

2. Wenn ein Monopol vorliegt, ist weiter zu fragen, ob die zur Untersuchung stehende Klausel einen Monopolmißbrauch darstellt. Die Eigenart eines solchen liegt darin, daß dem Verkehr besondere Fesseln aufgezwungen werden[5]). Evident wird das i. d. R. nur in der speziellen, zur Aburteilung stehenden Sache; der Tatbestand muß hier aber so gelagert sein, daß nicht bloß der einzelne Versender, sondern die Allgemeinheit sich in einer Zwangslage befindet und der Sped. diese Zwangslage benützt, um für sich besondere, mit der Rechtsauffassung[5]) nicht vereinbare Vorteile auszubedingen. Dem allgemeinen Verkehr dürfen keine unbillig großen Opfer auferlegt werden. „Der Inhaber eines Monopols darf bei den Bedingungen, zu denen er Verträge abschließt, nicht einseitig seine Interessen zu Grunde legen, sondern muß in einer Weise verfahren, die mit den allgemeinen Verkehrsbedürfnissen vereinbar ist. Bedingungen, die eine übermäßige Ausnützung der gegebenen Machtstellung enthalten, sind nichtig.“ [6]).

Eine solche übermäßige Ausnützung erblickt das RG mit Recht nicht in der Freizeichnung von der Haftung für Verschulden eines nicht leitenden Angestellten[6]). Dagegen darf sich der Sped., der ein Monopol innehat, nicht von der Haftung für eigene Fahrlässigkeit freizeichnen (die Freizeichnung von Vorsatz verbietet ihm § 276 BGB, auch wenn er ohne Monopol ist), ebenso wenig von der Haftung für Verschulden der leitenden Angestellten[7]). Unter einem solchen sind

[1]) AG Dortmund 19. 5. 26 JDR 1927 S. 581 I 6.

[2]) Auch Handelskammern haben das Vorliegen eines Monopols verneint, so die Industrie- und Handelsk. Berlin Mitt. 1928, 32 (Gutachten): das Monopol in Berlin wird verneint, weil 300 Firmen außerhalb des Verbandes stehen; zitiert nach JDR 1927 S. 582 Nr. 11.

[3]) OLG München 25. 4. 24 LZ Bd. 19. 271; 10. 11. 24 LZ 1925, 272.

[4]) RG 115 S. 218.

[5]) RG 103 S. 83.

[6]) RG 99 S. 107.

[7]) RG 102 S. 397; 103 S. 83; OLG Hamb. 5. 1. 27 SSZ 1927 S. 77. Weitere Judikatur ist in der Diss. Wunderlich S. 63 ff. zitiert.

alle die Personen zu verstehen, die „im Organismus des Geschäfts eine ähnlich leitende, dirigierende und kontrollierende Gewalt besitzen wie ein Einzelkaufmann in seinem Geschäft“ [1]). Das RG selbst hat nie eine Definition gegeben. Jedenfalls muß der leitende Angestellte immer eine selbständige Befugnis zum Handeln haben.

Isaac S. 426 ff. bestreitet, daß die Freizeichnung von eigenem Verschulden und dem Verschulden leitender Angestellter einen Monopolmißbrauch darstellt. Er macht geltend, daß durch eine Ungültigkeitserklärung einer solchen Freizeichnung hauptsächlich die kleinen Betriebe, welche die Haftung am wenigsten tragen können, getroffen werden. Das ist nicht richtig. Gerade die Ungültigkeitserklärung der Freizeichnung von Verschulden leitender Angestellter bewirkt eine Gleichstellung auch der verschieden großen Betriebe. Ein kleiner Betrieb braucht keinen leitenden Angestellten, hier besorgt der Sped. die einschlägigen Geschäfte allein; je größer ein Betrieb, desto mehr leitende Angestellte wird er haben.

Isaac macht weiter darauf aufmerksam, daß die Gesetzgebung die Tendenz hätte, gerade den Monopolbetrieben die Haftung zu erleichtern. Wenn also die Sped. dasselbe täten, so könne von Mißbrauch nicht die Rede sein.

Isaac verweist in diesem Zusammenhang auf die Postgesetzgebung. Aber hier — und das gilt auch bei den folgenden Ausführungen für die Eisenbahn — ist zu berücksichtigen [2]) einmal, daß es sich bei der Post um ein Beförderungsgeschäft, nicht um die Besorgung der Beförderung wie beim Sped. als solchen handelt, und insbesondere, daß der Staat bei der Post (und Eisenbahn) mit einem ganz anders geschulten, zuverlässigen Beamtenapparat rechnen darf als der Sped. Das ist eine Garantie, wie sie ein verhältnismäßig kleiner Privatbetrieb, das Sped.Geschäft, niemals wird aufbringen können.

[1]) So Tietze: Das kaufmännische Hilfspersonal im Handbuch des ges. Handelsrechts von Ehrenberg § 103 S. 550, zitiert nach Diss. Wunderlich S. 34.

[2]) Ganz abgesehen davon, daß die Postgesetzgebung veraltet ist. Bei dem Bericht, der über die Arb. der zivilrechtl. Abtl. der Vollversammlung des Juristentags in Salzburg erstattet wurde, bemerkte der Berichterstatter über das Ergebnis der Beratungen zu diesem Punkt: „Eine seltene Einmütigkeit bestand darüber, daß das völlig antiquierte Haftpflichtprivileg der Post zu beseitigen sei.“ Zitiert nach Schiller, Schwäb. Merkur 8 4. 30 Nr. 81 S. 5.

Ferner macht Isaac auf das internationale Uebereinkommen über Frachtverkehr Artikel 29 ff. aufmerksam, wonach die Haftung auf 50 Goldfranken per kg eingeschränkt wird, im Fall groben Verschuldens auf das Doppelte. Das ist aber das 27-fache gegenüber der Haftung des Sped., im letzteren Fall das 53fache. Damit erledigt sich ohne weiteres das Argument Isaacs [1]).

Isaac sagt, die obengenannte Tendenz schreibe sich daher, daß für den Massenverkehr die strenge Haftung untragbar sei. Aus dem Massenverkehr und den obengenannten Beispielen aus der Gesetzgebung ergibt sich aber nur, daß der Massenbetrieb eine Verfolgung jedes einzelnen Schadensfalles im einzelnen verbietet. Der Massenbetrieb fordert eine typische Regelung, auch für den Schadensfall, der schnell und nach typischen, objektiven Gesichtspunkten liquidiert werden muß; das ist die einzige Folgerung, die man ziehen kann, und nur das sagt auch die von Isaac S. 427 angeführte Begründung zu dem italienischen Gesetz vom 12. 11. 21.

Aus diesen Gründen trifft es auch nicht zu, daß die wirtschaftliche Untragbarkeit der gesetzlichen Haftpflicht für den Verkehrsunternehmer in der Art seines Betriebs liege [2]). Die Gerichte haben die Untragbarkeit der gesetzlichen Haftung immer nur auf Grund besonderer Umstände bejaht, wie z. B. unsichere Verhältnisse der Kriegs- und Nachkriegszeit (OLG Köln 4. 1. 22 SSZ 1922, 335), Abnahme der Zuverlässigkeit der Angestellten, Erschütterung der allgemeinen Moral (OLG Kiel 10. 5. 22 SSZ 1923, 60), Anwachsen der Eigentumsdelikte (OLG Darmstadt 26. 2. 20 SSZ 1920, 282), Anziehen der Kohlenpreise und Löhne, Unsicherheit der Verkehrswege (KG 1. 2. 22 SSZ 1922, 366) [3]).

Vielmehr ist für den Betrieb die gesetzliche Haftung immer nur dann untragbar, wenn es sich restlos um die Uebernahme eines Risikos handelt und der Sped. dafür keine Vergütung bekommt (s. o. § 3).

---

[1]) Vergl. Reuver JW 1929, 2801 ff.

[2]) Wie Isaac auch Koehler EEE 46 S. 340; a. M. Reuver ZBH 1928 S. 69.

[3]) Vergl. auch RG Bd. 114 S. 375 (Ruhrkampf).

II.

Es ist noch kurz auf gewisse Versuche in der Literatur einzugehen, die darauf abzielen, eine Freizeichnungsklausel auf anderem Wege als durch die Anwendung des § 138 BGB zu eliminieren. Die Rechtsprechung des RG wird von diesen Schriftstellern nicht dem Ergebnis nach bekämpft; sie glauben nur, daß es richtiger sei, den schweren Vorwurf eines Sittenverstosses zu vermeiden und suchen deshalb für die Ungültigerklärung einer Klausel eine andere Begründung als gerade den Monopolmißbrauch.

Reuver (ZBH 1928 S. 194) ist der Ansicht, daß man auf dem Weg der Feststellung der untragbaren Ungleichheit von Leistung und Gegenleistung zur Aberkennung der Gültigkeit der Klauseln hätte kommen können [1]).

Einen gleichen, aber deutlicher gezeichneten Weg zeigt Schmidt-Ernsthausen in JW 1926 S. 570. Er hält es für bedenklich, eine Freizeichnungsklausel in beschränktem Umfang für nichtig zu erklären. Die Sittenwidrigkeit liege i. d. R. nicht in der Befreiungsnorm, sondern nur in der Rechtsausübnug. Nicht etwa habe die Klausel einen sittlichen Teil, der rechtswirksam, und einen unsittlichen, der nichtig sei; sondern die Geltendmachung gegenüber dem Schadensersatzanspruch sei dasjenige, was die Rechtsordnung nicht billige. Nur solche Vertragsklauseln seien von vornherein nichtig, „die nicht erst durch ihre Anwendung im einzelnen Fall, sondern durch die ihnen innewohnende Norm der Rechtswidrigkeit widerstreiten." [2]).

Schmidt-Ernsthausen will also die exceptio doli generalis geben, wenn die Berufung auf die Freizeichnungsklausel wider Treu und Glauben verstößt. Den Vorteil dieses Wegs findet er darin, daß hier nicht von vornherein ein Konstruktionsgebäude errichtet werde, sondern alles der freien richterlichen Prüfung überlassen bleibe. Z. B. bei einer Freizeichnung von eigenem Verschulden würde Schmidt-E. die exceptio bezw. replicatio d. g. geben, das RG erklärt sie bei Vorliegen eines Monopols für sittenwidrig.

Abgesehen davon, daß die Existenz der exceptio d. g. bestritten ist [3]), soll es darauf ankommen, ob die Freizeichnungs-

[1]) Gegen Reuver vergl. Diss. Wunderlich S. 103.

[2]) Vergl. auch JW 22. 32 Anm. zu 12 (Urteil RG 1. 10. 21) von Schmidt-E.

[3]) Vergl. Enneccerus Lehrbuch § 208, III; vom RG wird sie anerkannt.

klausel durch ihre Anwendung im einzelnen Fall der Rechtsordnung widerstreitet oder nicht. Darauf kann es aber nicht ankommen. Z. B. die Berliner Sped. haben kein Monopol; die Kölner haben ein solches[1]); je nachdem hätte die Freizeichnungsklausel Bestand.

Gerade hier zeigt sich, daß die Sittenwidrigkeit der Freizeichnungsklausel nicht erst in der Rechtsausübung liegt, sondern in ihrer Aufstellung überhaupt. Der Umstand, daß unter dem Druck eines Monopols eine solche Freizeichnungsklausel überhaupt „vereinbart" wird, verstößt gegen die guten Sitten, nicht erst die Berufung darauf; denn unter welchen Voraussetzungen sollte die Rechtsausübung der Rechtsordnung widerstreiten? Natürlich nicht, weil die Vereinbarung sittenwidrig ist; also wohl deshalb, weil die Berufung auf diese Vereinbarung sittenwidrig ist; z. Zt. der Klageerhebung oder der Geltendmachung der Einrede müßte also die Sittenwidrigkeit, das der Rechtsordnung widerstreitende Moment vorhanden sein. Dann ist aber der Gedanke des Monopolmißbrauchs nicht mehr verwertbar. Einen leitenden Gesichtspunkt gibt Schmidt-E. jedoch nicht an.

Diese Ansicht ist deswegen nicht haltbar und nicht durchführbar. Auch die Vorteile, die diese Ansicht bringen will, sind nicht vorhanden. Denn, ihre Durchführbarkeit unterstellt, so würde doch auch hier nicht alles in dem Sinn dem Einzelfall überlassen bleiben können, daß gar kein Grundsatz aufzustellen wäre oder sich heraus bilden würde, nach dem die exceptio oder replicatio vom Richter gegeben werden müßte. Ein „Konstruktionsgebäude" wäre also wohl auch hier zu errichten.

Der Umstand, daß eine teilweise Nichtigkeit anzunehmen ist, spricht nicht gegen die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit der Ansicht des RG. Auch der Gedanke, daß eine Bestimmung einen sittlichen Teil und einen unsittlichen Teil enthält, ist durchaus möglich; irgendwelche unerwünschte Konsequenzen ergeben sich daraus m. E. nicht.

Alfred Rosenthal[2]) lehnt ebenfalls die Heranziehung des § 138 BGB ab und schlägt einen Ausbau des § 823 BGB vor. Man solle den Grundsatz anerkennen, daß für schuldhafte Vermögensbeschädigung gehaftet wird. Dazu seien die Gerichte in der Lage. Auch könne man eine Verletzung des Rechts auf

[1]) Vgl. den Schluß dieses Paragraphen.
[2]) RG 23. 10. 26 JW 27, 655; Rosenthal in Anm. zum Urteil.

freie Gewerbetätigkeit annehmen. Soweit vertragliche Haftung in Frage stehe, sei § 242 BGB nach dem Vorbild von RG 98 S. 123 anzuwenden.

Diese Ausführungen können nur teilweise Zustimmung finden. Es ist m. E. nicht richtig, daß die Gerichte den allgemeinen Grundsatz einer Haftung für schuldhafte Vermögensbeschädigung zur Anwendung bringen können. Das würde in offensichtlichem Gegensatz zum Gesetz (§ 823 BGB) stehen. Die Annahme einer Verletzung des Rechts der freien Gewerbetätigkeit wird in manchen Fällen zutreffen, aber doch nicht genügen [1]). Wie soll in einer Freizeichnung von der Haftung für eigenes Verschulden eine Verletzung dieses Rechts gefunden werden können? Anders mag es bei einem Abtretungsverbot in AGB sein (so RG a. a. O. und Rosenthal in der Anm.). Der Anwendung des § 242 BGB stehen die gleichen Bedenken wie Schmidt-Ernsthausen gegenüber.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß es nicht möglich ist, die gezeigten Wege einzuschlagen. Es bleibt nichts anderes übrig, als zu untersuchen, ob eine Klausel einen Monopolmißbrauch darstellt.

III.

Einer kritischen Betrachtung bedarf noch in diesem Zusammenhang der vom RG (103 S. 86) aufgestellte Satz, daß AGB nicht solche Bestimmungen enthalten dürfen, die eine freiwillige Unterwerfung von vornherein ausgeschlossen erscheinen lassen und deshalb nicht üblich sind. Kurz gesagt, einer Bestimmung darf nicht der Vorwurf der Abnormität gemacht werden.

Gegen das RG wendet sich Senckpiehl, AGB S. 56 ff. mit der Begründung, der Grundsatz der Vertragsfreiheit sei vom Gesetz in ganz bestimmten Fällen eingeschränkt, weitere willkürliche Einschränkungen dürften nicht gemacht werden.

Der Angriff Senckpiehls ist nicht gerechtfertigt, denn das RG will eine Einschränkung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit gar nicht aufstellen. Eine solche Einschränkung würde die Nichtigkeit eines abgeschlossenen, dem Tatbestand nach also vorliegenden Vertrages bedeuten; die Voraussetzung wäre also, daß die Parteien wirklich einen Vertrag abschließen wollen und

[1]) Vgl. Diss. Wunderlich S. 101.

abschließen. Gerade das nimmt aber das RG nicht an. Vielmehr wenn es sich um eine abnorme Bestimmung handelt, die im gewöhnlichen Verkehr nicht vorzukommen pflegt und deshalb eine freiwillige Unterwerfung von vornherein ausgeschlossen erscheinen läßt, kommt nach der Ansicht des RG ein Vertrag gar nicht zustande, denn im Normalfall fehlt hier ein entsprechender Wille der Partei.

Ebenso kann aber eine entsprechende Erklärung der Partei nicht angenommen werden, wenn sie nicht ausdrücklich erfolgt. Die Annahme einer stillschweigenden Erklärung von Seiten der sich unterwerfenden Partei verbietet sich, weil eben die abnorme Bestimmung nicht üblich ist und nicht ohne weiteres zu unterstellen ist, daß eine Partei entgegen aller Ueblichkeit eine abnorme Bestimmung anerkannt haben will. Dem Unternehmer, der die AGB aufgestellt hat, bleibt es natürlich unbenommen, zu beweisen, daß die Gegenpartei sich wirklich der abnormen Bestimmung hat unterwerfen wollen [1]).

Es ist aber nicht etwa so, daß das RG Dissens annehmen würde. Denn nicht zwei Erklärungen verfehlen sich; es ist vielmehr höchstens eine Erklärung vorhanden (nämlich die des Sped.), während die andere, die Annahmeerklärung, auf die es gerade ankommt, fehlt. Man kann hier ferner auch den Grundsatz zur Anwendung bringen, daß eine stillschweigende Vereinbarung, durch welche AGB Vertragsinhalt werden, immer nur dann anzunehmen ist, wenn die Gegenpartei von der Existenz der AGB Kenntnis gehabt hat [2]). Wenn nun im einzelnen Fall eine solche Kenntnis vorhanden ist, so ist sie doch nicht hinsichtlich abnormer Bestimmungen anzunehmen, die nie vorzukommen pflegen. Der Betreffende kennt hier nicht die Existenz einer solchen einzelnen Bestimmung und eine derartige Kenntnis wird von ihm auch gar nicht erwartet, vielmehr mag häufig sogar mit seiner Unkenntnis gerechnet werden. Auch auf diesem Weg wird man also dazu geführt, die Annahme einer stillschweigenden Erklärung zu verneinen.

Eine vermittelnde Ansicht vertritt Gierke [3]). Er billigt zwar — wohl mit Unrecht — die Bedenken von Senckpiehl, stellt aber den Satz auf: „Die Verkehrstreue verlangt, daß Bestim-

[1]) Das ist Gegenbeweis; deshalb kann der Sped. nicht etwa den Eid zuschieben.

[2]) Vergl. Senckpiehl SSZ 1929 S. 796; AGB S. 15 ff. Ferner Isaac S. 71. RG 109 S. 304.

[3]) ZBH 1926 S. 323.

mungen ganz singulärer Art der Gegenpartei nicht entgegengehalten werden können, wenn sie sich auf Unkenntnis beruft (§§ 157, 242 BGB)."

Gierke faßt also die Frage der Auslegung (§ 157) und der Erfüllung des Vertrags (§ 242) ins Auge, während das RG sich mit der Frage des Zustandekommens des Vertrags beschäftigt. Der Ansicht von Gierke steht kein Bedenken entgegen, der Grundsatz der Vertragsfreiheit wird durch sie nicht berührt. Im Ergebnis werden beide Ansichten, die des RG und die von Gierke, nicht voneinander abweichen.

§ 5.

Die Feststellung der ADSp durch die Wirtschaftsverbände und die juristische Bedeutung dieser Feststellung.

I.

Auch nachdem die Wirtschaftsverbände die ADSp vereinbart haben, ist es selbstverständlich, daß die Gerichte im Einzelfall prüfen dürfen und müssen, ob die ADSp wirklich Vertragsinhalt geworden sind. Aus der Mitwirkung verschiedener Wirtschaftsvertreter läßt sich keine unmittelbare Bindung des einzelnen Auftraggebers an die ADSp herleiten [1]).

Eine andere Frage ist es, ob durch die Vereinbarung mit den Spitzenverbänden die etwaige Feststellung, daß ein Sittenverstoß vorliege, ausgeschlossen ist. Die Frage ist in der Literatur nicht sehr ausgiebig erörtert, im Ergebnis aber lebhaft umstritten. Während Reuver [2]), Richter [3]) und Koehler [4]) die

[1]) So Richter JW 1929 S. 2034 und die allgemeine Meinung: vergl. Reuver ZBH 1928, 67; JW 29, 2802; Koehler EEE 46, 337; Isaac JW 29, 2807. — Zu weit geht Richter a. a. O. S. 2035, wenn er ausführt, die Frage, ob die Geschäftsbedingungen Vertragsinhalt geworden sind, sei besonders kritisch zu prüfen; eine freiwillige Unterwerfung könne nicht erwartet werden, weil der Auftraggeber keinen Anlaß habe, auf seine gesetzlichen Ansprüche gegen den Sped. zu verzichten. Ebenso Koehler LZ 1927 1452. Die hier aufgeworfene Frage ist für alle AGB nach gleichen Grundsätzen zu untersuchen, vergl. § 1 u. § 4 III.

[2]) ZBH 1929 S. 2802. Vergl. auch Diss. Wunderlich S. 59.

[3]) A. a. O.

[4]) LZ 1927, 1454; EEE 46 S. 339.

Ansicht vertreten, die ADSp hätten nach wie vor der Nachprüfung ihrer Haltbarkeit durch die Gerichte[1]) Stand zu halten, stehen Isaac[2]) und Waldheim[3]) auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Sie halten es nicht für Sache des Juristen, die berufenen Vertreter der Wirtschaft, welche die ADSp genehmigt haben, zu bevormunden.

Es ist davon auszugehen, was eigentlich der Grund dafür war, daß die Sped. sich mit den Vertretern der Wirtschaft an den Verhandlungstisch gesetzt haben. Das Motiv war das Bestreben, rechtsgültige Bestimmungen aufzustellen. Das kommt in einer Bemerkung des Vorsitzenden des VDSp, Herrn Valentin, die dieser in dem Verkehrsausschuß des deutschen Industrie- und Handelstags[4]) (vor der Aufstellung der ADSp 27) machte, klar zum Ausdruck. Er meint, wenn jetzt eine Beratung über die GB stattfinde, „dann nur unter der Voraussetzung, daß später die gemeinschaftlichen Bedingungen der Wirtschaft und des Sped.Gewerbes sanktioniert werden und zwar in solcher Form, daß kein Richter daran vorbeigehen kann, daß sie gewissermaßen zum Gesetz werden und der Zustand geschaffen wird, daß der Verfrachter weiß, woran er ist". Von Interesse ist die Erwiderung des Geheimrats Dr. Huber[5]): „Weder der deutsche Industrie- und Handelstag noch die übrigen Spitzenverbände ihrerseits sind in der Lage, Privatrechte zu schaffen. Recht kann nur geschaffen werden durch Gesetz. In dem Sinn, daß wir hier eine Garantie übernehmen, Recht zu schaffen, können unsere Verhandlungen nicht auslaufen. Wir können beide Parteien an einen Tisch setzen und ihre Meinungen austauschen lassen und eine Einigung kann zu einer Verlautbarung gemacht werden."

An dem Standpunkt dieser Erwiderung ändert auch die amtliche Pressemitteilung des deutschen Industrie- und Handelstags vom 12. 7. 27 nichts[6]), denn dort wird für die ADSp 27 nur die Erwartung ausgesprochen, der Auftraggeber möge die Bedingungen als rechtsgültig anerkennen. In das Prüfungsrecht der Gerichte wird in keiner Weise eingegriffen.

---

[1]) Richter spricht von der Anmaßung eines Autonomierrechts durch einen Interessentenverband, dagegen Isaac JW 29, 2804 ff.

[2]) Isaac S. 62, 426, 440; JW 27, 2786; ZBH 1928 S. 77; JW 29, 2807.

[3]) SSZ 1927 S. 529.

[4]) Sitzung vom 10. 6. 26 vgl. Verhandlungen 1926 Heft 9 S. 21.

[5]) Verhandlungen a. a. O. S. 22

[6]) Abgedruckt bei Isaac S. XI.

Dazu kommt noch ein weiteres: die ADSp stellen eine ausgesprochene Kompromißlösung dar, von der man nicht erwarten kann, daß alle Härten und Verkehrserschwerungen zu Ungunsten der Versender beseitigt sind. Das hat Kommerzienrat Michalski, der Vorsitzende der Kommission, welche die ADSp geschaffen hat, in seinem Referat vom 31. 5. 27[1]) klar ausgesprochen mit dem Hinweis, „daß auch die Sped. Schutzbefohlene des deutschen Industrie- und Handelstags sind". „Sie sind Fleisch von unserem Fleisch . . . ." „Wir müssen ihre Interessen ebenso wahrnehmen, wie wir unsere eigenen Interessen wahrzunehmen haben". Dem schließt sich Geheimrat Dr. Haeuser, Vorsitzender des Verkehrsausschusses, unwidersprochen an[2]). Für die ADSp 29 spricht Haeuser dasselbe aus: „Die Versammlung ist sich darüber klar, daß wahrscheinlich nicht alle Bedenken und Beschwerden ausgeräumt werden; das wird sich bei einer derartigen Materie nicht ganz erreichen lassen."[3]) und [4]).

Dieser Kompromißcharakter wird besonders deutlich bei einem Vergleich zwischen den AGB der Sped. von 1924 (publiziert am 4. 4. 24 in Nr. 89 des deutschen Reichsanzeigers) mit den ADSp 1927/30. Gegen die AGB hat sich die Wirtschaft gesträubt, man hat von einer Entrechtung der Versender gesprochen[5]). Haben die neuen ADSp also wirklich eine durchgreifende Veränderung erfahren, so wird der „Feststellung durch die Spitzenverbände" das entscheidenste Gewicht beigelegt werden müssen. Eine Veränderung ist in der Tat erfolgt, aber keine durchgreifende, wenigstens nicht in der Haftungsfrage, abgesehen von der Versicherungsfrage. Das Merkmal des Kompromißcharakters wird hier deutlich genug:

Die bedeutendste Aenderung liegt in der Erhöhung der Haftungs-Höchstgrenze. Gehaftet wurde 1924 mit GM. 20.—, 1927 mit RM. 40.—, 1929 mit RM. 150.— je für 100 kg brutto. Die Maximalgrenze wurde von 400.— auf 600.— bezw. 1500

---

[1]) Sitzung des Verkehrsausschusses, Verhandl. Heft 6, S. 6 1927.

[2]) Verhandlungen a. a. O. S. 18.

[3]) Verhandlungen 1929, Heft 9.

[4]) Ferner vgl. Hay, deutsche Wirtschaftszeitung 1927 S. 488; („im wahren Sinn des Wortes eine Kompromißlösung"). Reuver ZBH 28, S. 65.

[5]) Verhandlungen 1927 Heft 6, S. 6.

Mark heraufgesetzt. Die Aenderung des § 60 ADSp 1927 (vormals § 59a AGB 1924) ist nicht bedeutend; § 60 ist heute ganz gestrichen.

Bemerkenswert ist noch die Aenderung in § 69 ADSp 1927 gegenüber AGB 1924 § 67. In § 69 ADSp 1927 ist bestimmt, daß § 1, der die Sorgfaltspflicht des Sped. feststellt, unberührt bleiben soll. Ein solcher Paragraph war in den AGB 1924 noch gar nicht enthalten. Ferner greift nach § 69b die Befreiungspflicht des Auftraggebers nur Platz, wenn die 3. Person am Auftrag interessiert ist. Endlich ist noch die Bestimmung über die Verjährung zu Gunsten des Auftraggebers geändert.

Ganz neu ist die Regelung der Sped.Versicherung, die mit der Haftungsfrage aufs engste zusammenhängt. Es wurden also nicht so sehr die Freizeichnungsklauseln auf Wunsch der Wirtschaft gemildert, als vielmehr ein neuer Standpunkt eingenommen. Das zeigt, daß nicht etwa die alten Bedingungen von der Wirtschaft gebilligt wurden, vielmehr, weil angeblich eine Haftungsbeschränkung notwendig war, der Ersatz der Haftung durch Versicherung gutgeheißen wurde. [1]) u. [2]).

Und schließlich ist noch zu berücksichtigen, daß auch die Spitzenverbände nur einen Teil des Kundenkreises repräsentieren, der mit dem Sped. Geschäfte abschließt [3]). Der Kleinkaufmann, der nicht organisierte Privatkunde ist durch die Spitzenverbände nicht vertreten worden. Darin liegt der Unterschied von der Schaffung der ADS, wo wirklich alle interessierten Kreise beteiligt waren; das hat Reuver ZBH 1928 S. 65, 191 ff. überzeugend nachgewiesen [4]).

Ueber die, in diesem Zusammenhang aufgeworfene Frage, wen die Spitzenverbände überhaupt repräsentieren, unterrichtet

---

[1]) Vgl. Reuver ZBH 28, S. 191 ff.

[2]) Vgl. z. B. Mitteilungen des deutschen Vers.Schutz-Verbandes e. V. Nr. 5: „Die Sped.Vers. will eine in der beschränkten Haftpflicht des Sped. liegende Lücke ausgleichen".

[3]) Die Frage, wann die ADSp im Einzelfall als vereinbart zu gelten haben, wird dadurch nicht berührt, vgl. Korreferat von Isaac in der Hauptversammlung des VDSp SSZ 1928 S. 480.

[4]) Ebenso Koehler EEE 46 S. 337, A.M. Waldheim SSZ 29 S. 653; Isaac ZBH 28 S. 75 ff. (gegen Reuver); Wussow EEE 48 S. 125 (gegen Koehler).

Isaac JW 1929 S. 2807. Zweifellos sind sie die berufenen Vertreter der deutschen Wirtschaft, aber natürlich nur soweit, als Mitglieder und angehörige Verbände hinter ihnen stehen.

Die Frage, wie die Zustimmung der Spitzenverbände rechtlich zu charakterisieren sei, macht keine Schwierigkeiten. Die Zustimmung ist für den einzelnen Speditionsvertrag rechtlich bedeutungslos; ebensowenig können für einen Spitzenverband aus der Zustimmung Rechte und Pflichten hergeleitet werden. Es handelt sich auch nicht um eine Vereinbarung in dem Sinn, daß dadurch autonomes Recht geschaffen worden wäre; denn kein Verband war seinen Mitgliedern gegenüber dazu berechtigt; er wollte das auch gar nicht. Auch ein Vergleich mit dem Tarifvertrag ist nicht möglich. (Vgl. Richter JW 29, S. 2034; Koehler EEE 46, S. 337.).

Die Zustimmung der Spitzenverbände bedeutet daher einen rein tatsächlichen Akt ohne unmittelbare rechtliche Bedeutung. Insbesondere begründet die Zustimmung auch nicht eine Vermutung in dem Sinn Koehlers[1]). Denn unter Vermutung versteht man einen Rechtssatz[2]); ein solcher liegt aber nicht vor. Auch die Annahme einer sogenannten tatsächlichen Vermutung, eines Erfahrungssatzes, verbietet sich; was für einen Sinn sollte sie auch haben, da doch auch ohne besondere tatsächliche Vermutung die Gültigkeit des Vertrags die Regel, die Sittenwidrigkeit und die daraus sich ergebende Nichtigkeit die Ausnahme ist? Die Verteilung der Beweislast ergibt sich daraus klar; eine tatsächliche Vermutung könnte daran nichts ändern, und eine weitere Konsequenz, abgesehen von der Beweislast, ist nicht ersichtlich.

Aus alledem ergibt sich, daß die Gerichte nach wie vor berechtigt sind, die Bestimmungen der ADSp auf ihre Gültigkeit zu prüfen, oder mit anderen Worten, daß der Hinweis auf die Zustimmung der Spitzenverbände nicht dazu führen kann, die Monopolrechtsprechung des RG. als überholt zu betrachten. Nur wenn nachgewiesen werden sollte, daß die Vertreter der Wirtschaft gerade einer spez. Bestimmung uneingeschränkt zugestimmt haben, dürfte diese Bestimmung schwerlich für sittenwidrig erklärt werden können. Bei diesem Standpunkt handelt es sich nicht um eine Bevormundung seriöser Menschen von seiten des Juristen, wie Isaac ZBH 28, S. 77 sagt; denn sonst würden wohl kaum Vertreter des deutschen Industrie- und Han-

[2]) EEE 46 S. 339.
[1]) Rosenberg Lehrbuch S. 351 f.

delstags diesen Standpunkt, wie er hier vertreten wird, begründet haben.

Die Zustimmung der Spitzenverbände bedeutet also nichts weiter, als daß sie die ADSp als Vertragsgrundlage ihren Mitgliedern empfehlen [1]). Die Zweckmäßigkeit und Richtigkeit eines solchen Verfahrens soll selbstverständlich hier in keiner Weise angegriffen werden.

Ein Unterschied zwischen den ADSp als Ganzes und den einzelnen Bestimmungen, was den Vorwurf der Sittenwidrigkeit angeht, zu machen, ist unnötig. Einer so umfassenden Gesamtheit von Bestimmungen kann als solcher schwerlich der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gemacht werden. Es wird immer eine Untersuchung der einzelnen Bestimmungen nötig sein.

II.

Aus den vorstehenden Erwägungen heraus ist auch die seitherige Rechtsprechung zu der Frage der Zustimmung der Wirtschaftsverbände abzulehnen. Sie findet überwiegend in den ADSp eben wegen der Zustimmung der Verbände keinen Monopolmißbrauch. Man geht wohl nicht fehl, wenn man diese Rechtsprechung auf den großen Einfluß von Isaacs Kommentar zurückführt [2]). Einige bemerkenswerte Entscheidungen seien herausgegriffen [4]).

Das LG Hamburg SSZ 1930, 202 [3]) ist der Ansicht, daß die neuen Bedingungen, weil nicht mehr einseitig aufgestellt, sondern vereinbart, nicht mehr damit angefochten werden könnten, sie seien unter Ausnützung einer Monopolstellung aufgezwungen. Die Rechtsprechung des RG ist also nach dieser Ansicht grundsätzlich überholt. Es werden allerdings zwei Einschränkungen gemacht; einmal sollen die einzelnen Bestimmungen der ADSp nach wie vor einer Prüfung unterliegen und ferner soll die Freizeichnung von der Haftung für Verschulden des Sped. selbst oder seiner leitenden Angestellten auch heute noch ungültig sein.

Der gleiche Standpunkt wird auch von anderen Gerichten der unteren Instanz geteilt, so vom AG Elberfeld 23. 11. 28 SSZ, 1929, 75, vom LG Düsseldorf 9. 1. 29 eod., LG I Berlin

[1]) Vergl. Richter JW 1929 S. 2032 ff.
[2]) Vergl. Richter a. a. O, S. 2033.
[3]) Ebenso LG Hamburg 7. 5. 29 SSZ 1929, 493.
[4]) Diese Judikatur ist allerdings bisher nur in Bezug auf die ADSP 1927 ergangen, was ihrer Verwertbarkeit aber keinen Abbruch tut.

18. 1. 29 SSZ 29, 672, LG Nürnberg 2. 5. 29 SSZ 1929, 473, LG Frankfurt a. M. 19, 11. 28, SSZ 1929, 96, LG Hannover 4. 10. 28 VR 1929, 137.

Die Gerichte gehen aber noch über die dargestellte Ansicht hinaus. So erklärt LG I Berlin 16. 2. 29 SSZ 29, 272 auch eine Freizeichnung von der Haftung für eigene Fahrlässigkeit für zulässig. Das LG Zwickau 29. 12. 28 SSZ 1929, 311 erklärt die teilweise Freizeichnung für gültig, obwohl es selbst ausführt, daß diese auf den ersten Blick so aussehen könne, „als sei sie äußerst hart, ja unsittlich". Das LG Königsberg endlich 9. 4. 29 SSZ 29, 413 erklärt die ADSp für allgemeinen Handelsbrauch und glaubt nicht nur, daß ihnen als Ganzes der Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht gemacht werden könne, sondern auch, daß die Einzelbestimmungen gültig seien, selbst dann, wenn wie etwa bei der Höchstgrenzenklausel (§ 57 ADSp 1927) an sich eine besondere Härte für den Handel in dieser einschneidenden Bestimmung liege. Denn gerade bei einer solchen Bestimmung sei anzunehmen, daß die an der Abfassung der Bedingungen beteiligten Organisationen in gesteigertem Maße die Frage der Billigkeit geprüft haben.

Urteile höherer Instanzen sind, soviel ich sehe, bis jetzt nicht ergangen (abgesehen davon, daß das KG die Berufung gegen das Urteil des LG I Berlin 18. 1. 29 (s. o.) zurückgewiesen hat (a. a. O.).

Es ergibt sich also, die seitherige Judikatur der unteren Instanzen ist der einstimmigen Ansicht, daß die Zustimmung der Spitzenverbände den Vorwurf der Sittenwidrigkeit den ADSp als Ganzes gegenüber beseitigt. Allerdings besteht darüber keine Einigkeit, ob auch die einzelnen Bestimmungen einer Prüfung unterzogen werden sollen. Dafür ist das LG Hamburg in zwei Entscheidungen; eine Freizeichnung von eigenem Verschulden und dem leitender Angestellten hält es nach wie vor für nichtig. Anderer Meinung sind vor allem LG I Berlin, LG Königsberg und LG Zwickau. Besonders die Begründung des LG Königsberg mutet sehr merkwürdig an. Die Annahme, die Frage der Billigkeit sei bei besonders harten Bestimmungen in gesteigertem Maß von den Spitzenverbänden geprüft worden, ist völlig aus der Luft gegriffen. Solange eine derartige Annahme nicht positiv bewiesen wird, kann sie wirklich nicht zur Begründung herangezogen werden. Und warum kommt es denn trotz einer derartigen Annahme überhaupt und immer wieder zu Prozessen? Auch die Handelsüblichkeit der

ADSp, wie es scheint für ganz Deutschland, ist ohne Vorbild; eine derartige Behauptung ist auch von Sped.Seite nie aufgestellt worden. Ein Gutachten hat das Landgericht Königsberg anscheinend nicht eingeholt. Die Industrie- und Handelskammer Berlin hat jedenfalls die Meinung ausgesprochen, von einer Handelsüblichkeit der ADSp könne man so bald nicht sprechen (Mitteilungen 1926 Nr. 4 S. 148).

§ 6.

Die Versicherungsfrage.

I.

Wenn eine Freizeichnungsklausel sich als Ausbeutung eines Monopols darstellt, so ist weiter zu untersuchen, ob nicht die sogenannte Spesenfrage Platz greift.

Bei der Spesenfrage handelt es sich darum, ob die Freizeichnung zulässig wird, wenn der Sped. die volle Haftung gegen eine entsprechend hohe Vergütung übernehmen würde, er also gewissermaßen zwei Verträge anbietet: einen mit geringer Gebühr ohne Haftung — den andern mit höherer Gebühr mit Haftung[1]), oder wenn er sich erbietet, gegen Berechnung einer Gebühr Versicherung zu nehmen[2]). Hier soll zunächst nur die zweite Möglichkeit, das Erbieten zur Versicherungsnahme, besprochen werden; die erste Möglichkeit wird später in § 7 im Zusammenhang mit den sogenannten subsidiären Freizeichnungsklauseln untersucht.

Das Erbieten zur Versicherungsnahme soll von vornherein zur Verneinung jeglicher Sittenwidrigkeit führen[3]). Es scheint in der Tat einleuchtend, daß ein Monopol nicht mißbraucht wird, wenn an Stelle der wegbedungenen gesetzlichen Haftung des Sped. ein vollwertiger Ersatz tritt, der Versender keine unverhältnismäßig hohen Gebühren bezahlen muß und in der Durchführung der Versicherung dem Versender keine nennenswerten Schwierigkeiten und Zeitverluste erwachsen. Der Versender ist hier nicht geschädigt, weil er ja den Sped. für die Uebernahme des Risikos auch bezahlen müßte, und von wem er die Schadenssumme ausgezahlt bekommt, ob vom Sped. oder vom Versicherer, kann ihm grundsätzlich gleich sein.

[1]) Vergl. RG 20 S. 115.
[2]) Vergl. RG 106 S. 388.
[3]) So Isaac S. 425.

Ein solches Verfahren ist deswegen zu billigen und ist auch von der Rechtsprechung anerkannt worden, aber nur, wie zu zeigen sein wird, soweit der Sped. sich nicht von der Haftung für eigenes Verschulden und das seiner leitenden Angestellten freizeichnet. Handelt es sich also um eine Freizeichnung von Verschulden nicht leitender Angestellter, so ist diese im Hinblick auf die Spesenfrage gültig[1]). Allerdings liegt in einem solchen Fall, wie wir gesehen haben, häufig schon gar kein Monopolmißbrauch vor. Doch bleiben noch andere Fälle übrig, z. B. Abkürzung der Verjährungsfrist, frühzeitiges Erlöschen der Haftungspflicht, beschränkte Haftung für Kostbarkeiten.

Dagegen kann der Sped., der sich von der Haftung für eigene Fahrlässigkeit und das Verschulden seiner leitenden Angestellten freizeichnet, eine solche Freizeichnung nicht mit dem Hinweis auf die Versicherungsmöglichkeit rechtfertigen. Zwar braucht eine solche Versicherung nicht besonders hohe Prämiensätze zu bedingen, wie das RG im 103. Bd. S. 84 annimmt, auch wenn der Versender gerade gegen das Verschulden des Sped. versichert sein und im Schadensfall der Sped. völlig haftungsfrei dastehen soll, sowohl dem Versender als auch dem Versicherer gegenüber. Der SVS 1927 hat sehr niedrige Prämiensätze enthalten und auch heute können sie, wie wir sehen werden, nicht „besonders hoch" genannt werden. Auch wird ferner die Versicherung den Sped. i. d. R. nicht dazu verleiten, mit dem ihm anvertrauten Gut weniger sorgfältig umzugehen, als wenn er nicht versichert wäre; das Interesse an der Erhaltung und Vergrößerung seiner Kundschaft wird ihn vor einem solchen Verhalten bewahren.

Endlich kann dem Versender auch zugemutet werden, daß der Sped. eine Einzelpflicht wegbedingt, für deren Erfüllung der Versender sonst eine besondere Geldleistung erbringen müßte. Z. B. der Sped. hat grundsätzlich die Pflicht, dem Rollfuhrwerk einen Begleitmann mitzugeben. Wegen der besonderen Kosten dieses Begleitmanns kann sich der Sped. von einer solchen Pflicht aber freizeichnen, wenn er nicht dafür besonders bezahlt wird. Er kann also den Versender vor die Wahl

[1]) Vergl. RG 99 S. 107; 102 S. 396. Den gleichen Standpunkt wie das RG nimmt das OLG Frankfurt vom 5. 11. 24 JW 1925 S. 654 ein, aber nur für den Fall, daß die Haftung nicht für eigenes grobes Verschulden oder das der leitenden Angestellten ausgeschlossen wird. Der Hinweis auf das grobe Verschulden ist auch in RG 20 S. 115 ff. (11. 2. 1888) zu finden, später aber vom RG nie mehr verwertet worden.

stellen, ob er eine höhere Vergütung für den Begleitmann zahlen will oder aber diese höhere Vergütung sich sparen will. Insoweit kann daher der Sped. seine Haftung für eigenes Verschulden einschränken, als er den Kreis seiner Einzelpflichten verringert[1]). Denn hier weiß der Versender genau, wie er daran ist.

Dagegen kann sich der Sped. nicht generell von eigenem Verschulden freizeichnen. Die einzelnen Pflichten, die für die Ausführung des Auftrags gerade in seiner Person bestehen, würden ihm nach wie vor obliegen; die Haftung, das Einstehen für diese Pflichten, würde aber einer andern Stelle übertragen sein.

Man wende nicht ein, daß der Sped. dann in kasuistischer Regelung sich völlig freizeichnen könne; er wird sich hüten, alle oder die meisten Pflichten abzudingen, weil er sonst naturgemäß keine Aufträge mehr erhalten würde.

Der Sped. begründet seine Haftungsbeschränkung damit, daß er sagt, er bekomme keine Risiko-Vergütung, wolle eine solche auch nicht verlangen, um den Transport nicht zu verteuern. Dieses Argument ist nur zum Teil gerechtfertigt. Sofern es sich nämlich um sein eigenes Verschulden handelt, trifft der Begriff des Risikos nicht zu, ebenso ist es bei Verschulden leitender Angestellten, die den Sped. unmittelbar repräsentieren; sonst wären die kleineren Betriebe schlechter gestellt wie die großen[2]).

Die Sped.Fehler selbst (d. h. die Fehler des Sped. persönlich oder der ihn unmittelbar repräsentierenden Personen) stellen kein Risiko für den Sped. dar. Man denke an die Wahl eines falschen Beförderungsmittels, eine Fehldirigierung, mangelhafte Adressierung, Außer-Achtlassung behördlicher Bestimmungen usw.[3]). Wenn der Sped. also sagt, er bekomme keine Prämie für sein Risiko, so ist das nicht richtig; denn in diesem Sinn, als Sped. trägt er gar kein Risiko, für das er gegebenenfalls einstehen müßte. Er muß nur für seine eigenen Fehler und die seiner leitenden Angestellten (gegen die er Regreß nehmen kann) einstehen und das kann der Versender von ihm verlangen.

[1]) Das ist auch in den ADSp vielfach geschehen, vergl. z. B. §§ 7 b, c, d; 10 b; 17, 19, 26 usw. ADSp.

[2]) Unter Risiko versteht man nämlich nur die Gefahr, auf deren Eintritt, Verlauf und Abwendung der Sped. keinen Einfluß besitzt.

[3]) Diese Fehler sind ein Risiko lediglich für den Versender.

Dagegen trifft der Risiko-Gedanke bei Verschulden aller sonstigen Angestellten und Erfüllungsgehilfen zu; hier kann deswegen auch eine Freizeichnung stattfinden. Soweit nämlich der Sped. einen solchen Erfüllungsgehilfen mit der nötigen Sorgfalt auswählt und beaufsichtigt, trifft ihn im übrigen wie bei jeder Haftung für fremdes Verschulden ein Risiko. Niemals aber kann man eigenes Verschulden als Risiko bezeichnen, das ist gerade der Gegensatz dazu[1]).

Zum gleichen Ergebnis kommt das RG, hauptsächlich in seiner Entscheidung im 106. Band S. 388 und zwar eben soweit es sich um Freizeichnung von der Haftung für eigenes Verschulden und dem leitender Angestellter handelt. Wenn der Gewerbe-Unternehmer sich erbietet, Versicherung zu nehmen gegen Berechnung einer Gebühr, dann ist die Sachlage grundsätzlich nicht so, daß es sich um eine reine Geldfrage handelt. „Dem Interesse des Auftraggebers ist in den meisten Fällen nicht damit gedient, daß er anstatt über seine Ware verfügen zu können, auf eine Forderung gegen eine Versicherungsgesellschaft verwiesen wird. In aller Regel ist es ihm um seine Ware zu tun und nicht um eine Schadensersatzforderung.... Diese grundsätzliche Rechtsanschauung wird auch nicht etwa dadurch erschüttert, daß der Auftraggeber, falls der Sped. die Erfüllung seiner Pflicht versäumt, doch wieder auf einen Schadensersatzanspruch gegen den letzteren angewiesen ist. Denn einmal kann dieser Anspruch erheblich weiter greifen, als der Ersatzanspruch gegen den Versicherer, und sodann kann die Erwägung, daß der Schadensersatzanspruch i. d. R. auf Geldersatz geht, überhaupt nicht dahin führen, die grundlegende von der allg. Rechtsüberzeugung geforderte Sorgfaltspflicht in der Weise wieder zu beseitigen, daß der Sped. diese seine Pflicht durch einen Anspruch gegen eine Versicherungs-Gesellschaft von vornherein ablösen darf."

Ebenso RG 4. 11. 25 JW 1926 S. 570. Hier wird zwar die Freizeichnung für gültig erklärt, aber ein Widerspruch zu dem Urteil im 106. Bd. besteht nicht. Es ist richtig, daß es sich in beiden Fällen darum handelt, daß der Sped. dem Kutscher einen Begleitmann mitzugeben unterließ. Darin erblickt das RG im 106. Bd. einen Organisationsfehler, für den der Sped. einzustehen hat. In dem andern Fall (JW 1926) haftet der Sped.

---

[1]) A.M. Isaac S. 407 ff.

nur deswegen nicht, weil hier in den GB ausdrücklich ausbedungen war, daß ohne besondere Vergütung ein Begleitmann dem Wagen nicht mitgegeben werde. Darauf kommt es aber entscheidend an. Denn hier hat keine generelle Freizeichnung des Sped. von jeder Haftung für eigenes Verschulden stattgefunden (RG Bd. 106), sondern lediglich eine spez. Pflicht wurde wegbedungen, die bei höherer Bezahlung übernommen worden wäre. Hiernach war dem Versender die Wahl gelassen, entweder die gewöhnlichen Beförderungssätze zu entrichten und auf die Stellung eines Begleitmanns zu verzichten oder einen solchen gegen Zahlung eines entsprechenden Zuschlags anzufordern. War die Pflicht einmal wegbedungen, dann konnte sie der Sped. auch nicht mehr verletzen; es lag also gar kein Verschulden seinerseits vor.

In einem solchen Fall weiß der Versender genau, wie er daran ist; für jeden Fehler muß ihm der Sped. einstehen, sofern nicht eben eine ausdrückliche spezielle Vereinbarung dem Sped. befreit. Die Behauptung Isaacs S. 425, daß dieser Punkt keinen Unterschied machen könne, entbehrt jeder Begründung [1]).

---

[1]) Nach Isaac S. 481 Anm. 1 widerspricht auch RG 11. 12. 20 Gruch. 1921, 349. Das ist nicht richtig, denn in diesem Urteil wird die Schadensersatzklage nur abgewiesen, weil der Kläger die Wertangabe unterlassen hat. Von der Spesenfrage ist schlechterdings nicht die Rede, es handelt sich um ganz anderes.

Weiter muß erwähnt werden, daß das Urteil des RG 106 S. 388 von Karl Schweinburg, Die Versicherung des Sped.Guts, S. 41 angegriffen wird. Er wirft der Entscheidung vor, sie gehe von der irrigen Auffassung aus, die Sped. wollten sich dadurch freizeichnen, daß sie sich zum Abschluß eines Versicherungsvertrags erbieten. In Wahrheit würden die Sped. ihre Haftpflicht davon abhängig machen, ob ihnen der Wert des übernommenen Sped. Gutes bekanntgegeben werde, so daß sie sich ein Bild über den Umfang ihres Risikos machen könnten.

Schweinburgs Behauptung entbehrt jeder Begründung für die ADSp. Hier ist nirgends bestimmt, daß der Sped. haftet, wenn ihm der Wert des Gutes angegeben werde. Der Versicherungsauftrag dient nicht etwa dazu, damit der Sped. auf diesem Weg den Wert des Gutes erfahre. Der Sped. will nicht etwa sein Risiko kennen lernen, er will es abwälzen. Schweinburgs Polemik ist aber auch verfehlt, was den § 8 der Geschäftsbedingungen der Sped. Groß-Berlins betrifft, der dem RG damals vorgelegen hat. Denn wenn hier zwar auch bei Wertangabe die Haftung beschränkt wird, so muß man wissen, daß die Wertangabe als Versicherungsauftrag, d. h. Risikoabwälzung, anzusehen ist, wie § 8 ausdrücklich bestimmt.

Der Ausgangspunkt des RG ist also keineswegs irrig.

Ebenso sieht Reuver [1]) die Versicherungsmöglichkeit nicht als genügende Rechtfertigung der Freizeichnung an. Auch er kann nicht einsehen, warum der Sped. für eigene fehlerhafte Anordnungen oder die Arbeit fachmännisch geschulten, kaufmännischen Personals nicht haften soll, wo der Versender doch gerade den Fachmann dafür bezahlt, eine Arbeit ordnungsmäßig erledigt zu erhalten, die er selbst nicht beherrscht. Immer nur handelt es sich hier um die eigene Haftung des Sped. bezw. die Haftung für seine Repräsentationsorgane. Von der Haftung für andere Personen, z. B. Kutscher oder angenommene Frachtführer ist nicht die Rede.

Gar nichts mit der Spesenfrage zu tun hat das Urteil des RG vom 29. 10. 26 in DJZ 1927 S. 464 [2]). Dort wird der Satz ausgesprochen, daß ein Sittenverstoß nicht vorliege, wenn für den Vertragsgegner anderweit eine nicht verteuerte, hinreichend sichere und unschwer erreichbare Haftung einer sonstigen Stelle besteht, wie z. B. die Haftung des Reichs. Bei der Spesenfrage handelt es sich aber stets um die Frage einer Verteuerung, deswegen kann das angezogene Urteil hier nicht in Betracht kommen.

Zusammenfassend können wir also sagen: Wenn der Sped. sich nicht gerade von eigenem Verschulden und dem seiner leitenden Angestellten freizeichnet, so kann sein Hinweis auf die Versicherungsmöglichkeit zur Verneinung der Sittenwidrigkeit einer Klausel führen. Allerdings wird hier häufig schon gar kein Monopolmißbrauch vorliegen. Auf jeden Fall muß aber die Versicherung so beschaffen sein, daß sie dem Versender einen vollwertigen Ersatz für die fehlende Haftung des Sped. bietet, ohne ihm allzuhohe Kosten aufzuerlegen und Schwierigkeiten und Zeitverluste zu bereiten. Im folgenden wird die Sped.-Versicherung auf diese Gesichtspunkte hin zu untersuchen sein.

II.

Nach den ADSp ist zwischen Speditionsgut-Versicherung und Speditions-Versicherung zu unterscheiden [3]).

---

[1]) ZBH 1928 S. 193. Ebenso Richter JW 29 S. 2033; Diss. Wunderlich S. 67 ff.; Diss. Krusemeyer S. 23 f. Gar keine Stellung nimmt Koehler EEE 46 S. 342.

[2]) Ebenso Isaac S. 426.

[3]) Diesen Unterschied verkennt völlig OLG Braunschweig vom 4. 11. 27 in VR 1928, 443; dagegen besonders Waldheim SSZ 1928 S. 950; Altenburg VR 1928, 462; ferner Brandis, Durst, Senckpiehl, Reuver VR 1928 S. 503 ff.

A) Die Speditionsgut-Versicherung[1]) ist Transport- oder Lagerversicherung. Der Sped. nimmt die Versicherung nur auf Grund ausdrücklicher schriftlicher Weisung des Versenders; in anderen Fällen ist er zur Versicherung nie verpflichtet[2]); wenn es das Interesse des Versenders erheischt, wird der Sped. die Versicherung als negotiorum gestor nehmen. Die Frage wird von Bedeutung, abgesehen vom Fall der Doppel-Versicherung, für die Provision des Sped.; eine solche kann er nach § 396 HGB, § 670 BGB verlangen[3]); wenn eine Weisung vorgelegen hat, auf Grund von § 38 ADSp.

Der Sped. nimmt die Versicherung regelmäßig in eigenem Namen für fremde Rechnung. Es treffen ihn also die Obliegenheiten des Versicherungsnehmers (insbesondere Zahlung der Prämie und Erstattung der erforderlichen Anzeigen) nach den Grundsätzen der Fremdversicherung[4]). Der Sped. kann aber die Versicherung auch in fremdem Namen abschließen. Versicherungsnehmer ist dann der Versender, es gelten die Sätze über Eigen-Versicherung. Selbstverständlich kann der Versender auch unmittelbar von sich aus eine Versicherung eingehen.

Die Versicherung tritt mit dem Abschluß des Versicherungsvertrags in Kraft. Wird dieser Abschluß durch einen ordnungswidrigen Geschäftsgang verzögert, so haftet der Sped. Das allein kann der Sinn des § 35 a Satz 3 sein[5]).

Der Inhalt des Versicherungsvertrags regelt sich nach dem Gesetz, insbesondere nach §§ 129 ff. VVG, und den GB der Versicherungsgesellschaft[6]).

Wenn der Sped. ordnungsmäßig versichert hat und der Versicherungsfall eingetreten ist, dann hat der Versicherte u. U. nunmehr zwei Ansprüche:

---

[1]) Vgl. auch Werneburg, Sped.- und Frachtgut-Versicherung VR 1927, 163, 218.

[2]) Auch ein Handelsbrauch, der den Sped. zur Versicherung auf Grund der Tatsache verpflichtet, daß in früheren (gleichen) Fällen zu versichern war, hat gegenüber § 35 ADSp keine Geltung. So Bruck JW 1927 S. 2787, Isaac S. 426 ff.

[3]) So Staub § 390 Anm. 13.

[4]) § 35 c ADSp steht dem nicht entgegen. Denn § 35 c spricht lediglich von der Entgegennahme der Police durch den Sped., nicht vom Abschluß des Versicherungsvertrags, vgl. Isaac S. 269.

[5]) So auch Bruck JW 1927 S. 2788.

[6]) Z. B. ist die Transport-Versicherung zugleich Feuer- und Einbruchs-Versicherung. Cosack § 188 VI 1 a.

a) auf Grund des Versicherungsvertrags gegen den Versicherer;
b) auf Grund des Sped.Vertrags gegen den Spediteur, wenn diesen ein Verschulden trifft.

Es liegt dann eine sog. unechte Gesamtschuld vor: Es wird von zwei verschiedenen Personen für denselben Schaden gehaftet. Aber eine wechselseitige Beziehung in Gestalt einer Zweckgemeinschaft zwischen den beiden Haftpflichten besteht nicht. Der Zweck der Zahlung des Versicherers ist nicht Ersatz des Schadens auf Kosten des Geschädigten, sondern die Herbeiführung eines Ausgleichs im Vermögen des Versicherten auf Grund der vorher erfolgten Uebernahme des Risikos gegen Prämienzahlung durch den Versicherer [1]).

Es gilt also nicht § 422 BGB; der Sped. wird nach dem Gesetz durch die Leistung des Versicherers nicht frei.

Der Kunde soll sich aber nun gerade versichern, damit die Haftpflicht des Sped. wegfällt. Deswegen bestimmt § 37 ADSp:

a) Im Falle der Versicherung steht dem Auftraggeber als Ersatz nur zu, was der Sped. von dem Versicherer nach Maßgabe der Versicherungsbedingungen erhalten hat.

b) Der Sped. genügt seinen Verpflichtungen, indem er dem Auftraggeber auf Wunsch die Ansprüche gegen den Versicherer abtritt. Zur Verfolgung der Ansprüche ist er nur auf Grund besonderer schriftlicher Abmachung und nur für Rechnung und Gefahr des Auftraggebers verpflichtet.

c) Eine weitergehende Verpflichtung besteht für den Sped. in keinem Fall.

Die Bestimmung des § 37 ADSp gilt nur für den Fall, daß der Sped. Versicherungsnehmer ist [2]). Es ergibt sich das klar aus dem Wortlaut. Der Sped. kann nun gleichzeitig Versicherter sein (Fall der Eigenversicherung) [3]). Das scheint auch § 37 b vorauszusetzen, wenn er von den Ansprüchen des Sped. gegen den Versicherer spricht.

[1]) Vgl. Enneccerus § 313 II 2 Anm. 12.

[2]) Wenn der Versender selbst die Versicherung genommen hat, kommen §§ 67, 148 VVG zur Anwendung; der Sped. wird dem Versicherer regreßpflichtig, aber er haftet auch hier nur nach Maßgabe der ADSp. Eine Versicherungsnahme des Sped. im Namen des Versenders, so daß dieser Versicherter und Versicherungsnehmer würde, ist i. Z. nicht anzunehmen, § 74 Abs. 2 VVG. Dazu vergl. §§ 2 Abs. 3; 19; 68 Abs. 1 VVG; §§ 5 Abs. 2, 22 ADS.

[3]) Die Vermutung spricht für Eigenversicherung §§ 80 Abs. 1 VVG, aber der Sped. hat regelmäßig kein eigenes Interesse. Deshalb gelten §§ 80, Abs. 2; 74 Abs. 2 VVG.

Es ist jedoch möglich, daß der Sped. nur Versicherungsnehmer, der Versender dagegen Versicherter ist (Fall der Fremdversicherung). Denn jedenfalls hat auch der Versicherungsnehmer im Fall der Fremdversicherung Rechte, z. B. das Recht, die Ansprüche des Versicherten geltend zu machen und über sie zu verfügen; dann hat er das alleinige Recht, die Aushändigung eines Versicherungsscheins zu verlangen; ist der Versicherte nicht im Besitz eines solchen, kann er seine Rechte überhaupt nicht geltend machen (§§ 75, 76 VVG). Auf diese Ansprüche des Sped., Versicherungsnehmers, bezieht sich § 37 b; zu ihrer Abtretung ist der Sped. verpflichtet.

Vor allem aber fällt der Fall der Fremdversicherung deswegen unter § 37 ADSp, weil hier erst die Ausführungen über die unechte Gesamtschuld ihre Berechtigung finden, die ratio des § 37, der Schutz des Sped. vor seiner gesetzlichen wie vertraglichen Haftpflicht[1]), hier also erst zutrifft. Denn erst in diesem Fall hat der Versender einen Anspruch einmal gegen den Versicherer, dann gegen den Sped.

Wie ist es aber mit dem Schutz des Sped. bestellt, dadurch, daß der Versicherungsweg eingeschlagen wird? Ein solcher ist nicht vorhanden.

Das ergibt sich aus § 130 VVG[2]), wo bestimmt ist, daß der Versicherer nicht für einen Schaden haftet, der von dem Versicherungsnehmer schuldhaft verursacht wird[3]). Versicherungsnehmer ist der Sped.; handelt er schuldhaft, so haftet der Versicherer nicht, also gerade dann nicht, wenn der Sped. haftet. Was für einen Sinn hat dann § 37 ADSp, der doch den Sped. gegen Haftpflicht schützen soll? Eine weitergehende Verpflichtung oder Haftung im Sinn des § 37 Abs c ist nicht ersichtlich, falls den Sped. überhaupt kein Verschulden trifft.

Nur in einem Fall scheint mir demnach im Anwendungsgebiet des § 130 VVG eine Haftpflicht des Sped. durch § 37 ADSp ausgeschlossen zu werden, nämlich dann, wenn den Vertretern oder Gehilfen des Sped. ein Verschulden zur Last fällt. Dann würde der Sped. dem Versender gemäß § 278 BGB haften. Der Versicherer aber kann sich nicht auf § 130 VVG berufen;

[1]) Vgl. Isaac S. 272 ff.; dazu vergl. allerdings Isaac S. 332. 1, I c.
[2]) Vgl. auch § 61 VVG, der nur von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, nicht von Verschulden schlechthin redet.
[3]) Daß § 130 VVG sich nur auf Eigenversicherung bezieht, ist nicht ersichtlich. Vergl. Cosack § 199 I 2 a.

denn das Verschulden der Leute des Sped. ist nicht als ein solches des Sped. selbst anzusehen. § 278 BGB ist nach der richtigen Ansicht[1]) nicht anwendbar: denn der Versicherungsnehmer soll gerade gegen den Leichtsinn und die Bosheit seiner Vertreter und Gehilfen geschützt werden. Der Sped. bezw. der Versender kann also gegen den Versicherer Ansprüche geltend machen. Der Sped. selbst haftet auf alle Fälle nur in Höhe der Summe, die er von dem Versicherer erhalten hat oder erhalten wird.

Der § 37 ADSp kann weiterhin meines E. nur noch in dem andern Fall einen Sinn haben, wenn nach den Versicherungsbedingungen, abweichend vom Gesetz, ein Verschulden des Versicherungsnehmers die Haftung des Versicherers nicht ausschließen soll[2]). § 130 VVG ist nicht zwingendes Recht (§ 187 VVG). Aber z. B. in den ADS ist in Art. 25 Entsprechendes wie in § 130 VVG bestimmt, während in den „Allgemeinen Versicherungsbedingungen für den Gütertransport auf Flüssen und Binnengewässern" § 2, Abs. 2 durch ein Verschulden des Versicherten oder seiner Vertreter die Haftpflicht des Versicherers ausgeschlossen ist; ebenso ist die Haftpflicht in § 2, Abs. 3 der „Allg. Bedingungen für die Versicherung von Gütertransporten zu Lande" (ferner vgl. §§ 35, 36 a. a. O.) ausgeschlossen durch ein Verschulden des Versicherten oder seiner Vertreter; auf den gen. § 2, Abs. 3 wird Bezug genommen in § 1, Abs. 2 der „Besonderen Bedingungen für den Land-Transport von Gütern im Sammelladungsverkehr". Endlich wird in den „Allg. Versicherungsbedingungen der Einheitspolice für die Versicherung des Güterumlaufs zu Lande" in § 2 A e die Haftung ausgeschlossen, falls dem Versicherten Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Eine von § 130 VVG abweichende Regelung haben also die allg. Seeversicherungsbedingungen überhaupt nicht getroffen, ebenso wenig aber die andern Bedingungen. Zweifellos ist das für den Fall der Eigenversicherung. Aber auch wenn der Sped. nicht Versicherter ist, so ist er doch dem Versicherer gegenüber Vertreter des versicherten Versenders. Trifft aber den Vertreter ein Verschulden, so schließen die Bedingungen auch für diesen Fall die Haftung der Versicherungsgesell-

[1]) Cf. Cosack § 188 II 1a. Komm. von Gerhard, Hager 1908 § 130, A 3.

[2]) Bei der Lager-, namentlich bei der Feuer-Versicherung wird das Verschulden des Sped. noch mit gedeckt. Isaac S. 347.

schaft aus. Dann kann sich der Sped. jedoch nicht auf § 37 ADSp berufen.

Wir sehen, eine wirkliche Freizeichnung des Sped. findet praktisch nur in dem oben erwähnten ersten Fall statt; an sich trifft ihn hier eine Haftpflicht; diese fällt aber weg, weil der Versicherer haftet. Die allgemeinen Sätze führen zu dem Ergebnis, daß bei Verschulden leitender Angestellter die Freizeichnung keinen Bestand haben kann. Im übrigen ist gegen die Gültigkeit der Bestimmung nichts einzuwenden.

Als Resultat unserer Ausführungen finden wir, daß die Speditionsgutversicherung nur in einem teilweisen Zusammenhang mit der Frage der Haftung des Sped. steht. Der Hinweis auf diese Versicherungsmöglichkeit ist deshalb in keiner Weise geeignet, den Ausschluß oder die Einschränkung der Haftung zu begründen, da die Gefahrenquellen, welche die Versicherung einerseits, die Haftung anderseits motivieren, grundsätzlich verschieden sind. Ein solcher Hinweis ist allerdings nur vor 1927 erfolgt und von der Rechtsprechung regelmäßig abgelehnt worden; seit 1927 ist eine neue Versicherungsmöglichkeit gerade gegen die Gefahrenquelle, die in den Verantwortungskreis des Sped. fällt, geschaffen worden.

Diese, in den ADSp 1927 Speditionsversicherung, von Reuver u. a. Spediteurfehler-Versicherung genannt, wird jetzt für die Spesenfrage ins Feld geführt. Mit ihr haben wir uns jetzt daher zu befassen.

B) Die Speditions- oder Spediteurfehler-Versicherung wird vom Spediteur als Versicherungsnehmer genommen; Versicherter sind der Versender oder nach § 39 b solche Personen, in deren Interesse oder für deren Rechnung der Auftraggeber handelt. Versicherer sind 14 Versicherungsgesellschaften, die von den gleichen Spitzen-Verbänden der Wirtschaft, welche die ADSp festgestellt haben, beauftragt sind. Der Sped. nimmt die Versicherung automatisch gemäß dem sog. Speditions-Versicherungsschein (SVS) auf Kosten des Auftraggebers, wenn dieser die Versicherung nicht ausdrücklich schriftlich untersagt hat.

Es handelt sich um eine allgemeine, laufende, freie Versicherung[1]):

allgemein: denn das Risiko des Versicherers ist nur in unbestimmter Art angegeben.

[1]) Cosac S. 394.

laufend: im Versicherungsvertrag ist bloß der Rahmen angegeben, innerhalb dessen sich das Versicherer-Risiko bewegen soll. Die genaue Bestimmung des Risikos innerhalb des vertragsmäßig festgelegten Rahmens erfolgt erst nachträglich durch eine einseitige Anzeige des Versicherungsnehmers an den Versicherer.

frei: das Gesetz läßt den Parteien bei der Feststellung der Versicherungsbedingungen grundsätzlich freie Hand, weil es eine laufende Versicherung ist.

Auf Grund des SVS haften die Gesellschaften (nicht als Gesamtschuldner, sondern geteilt, poolmäßig) [1]) für alle Schäden, welche dem Versicherten erwachsen und wegen welcher der Sped. auf Grund eines Verkehrsvertrags [2]) in Anspruch genommen wird und gesetzlich in Anspruch genommen werden kann. Sie vergüten den Schaden in der gleichen Weise, wie er sich auf Grund der gesetzlichen Haftung des Sped. ergeben würde, und verzichten demgemäß auf die Einwendungen, die der Sped. aus seinen in den ADSp und sonstigen Abmachungen oder Handels- und Verkehrsgebräuchen enthaltenen Bestimmungen über Ausschluß und Minderung der gesetzlichen Haftung erheben kann. Der Umfang der Versicherung wird in § 3 SVS in kasuistischer Weise gegenüber dem oben mitgeteilten Grundsatz erweitert, in § 4 SVS wird die Haftpflicht beschränkt: ausgeschlossen werden hier alle Schäden, die durch Transportversicherungs-Verträge gedeckt sind oder üblicher Weise durch solche gedeckt werden, es sei denn, daß die vom Versicherten ordnungsgemäß geschlossene Versicherung durch fehlerhafte Maßnahmen des Sped. unwirksam wird.

Es folgen dann Bestimmungen über Versicherungssumme und -Wert, über Anmeldungen, Prüfungsrecht der Gesellschaften, Ersatzpflicht im Schadensfall. Die Haftungs-Höchstgrenze beträgt 400 000 RM. (in den ADSp 1927 2 Millionen RM.) für alle auf ein Schadensereignis angemeldeten Ansprüche, auch wenn mehrere Versicherte desselben versicherungnehmenden Sped. durch dieses Schadensereignis getroffen werden. Auf das Rückgriffsrecht gegen den Sped. und seine Erfüllungsgehilfen verzichten die Gesellschaften, außer in den Fällen § 9 Abs. 3, § 10, Abs. 2, § 13 SVS. Bemerkenswert ist, daß der Sped. in den

[1]) Vgl. Isaac S. 334.

[2]) Das sind nach § 2 Ziff. 2 SVS alle Speditions- und Frachtverträge einschließlich der üblichen Nebenaufträge.

Fällen § 9 Abs. 3, § 10 Nr. 2 und § 13 Nr. 1 in voller Höhe haften d. h. so, wie er nach dem Gesetz, nicht nach den ADSp haften würde; anders nur in dem Fall der Entstehung des Schadens dadurch, daß der Sped. bei Ausführung eines ihm erteilten Transport- oder Lagerversicherungsauftrags seine Sorgfaltspflicht fahrlässig verletzt hat. Diese Regelung entspricht dem Grad des Verschuldens: in den erst genannten Fällen liegt Vorsatz vor, in diesem Fall Fahrlässigkeit. Der Unterschied ist in dem SVS von 1927 noch nicht gemacht worden; die neue Regelung entspricht der Tendenz, wie sie bei der Abfassung des SVS 1929/30 hervorgetreten ist, nämlich den Sped. bei der Liquidierung des Schadens stärker zu beteiligen.

Dieser Tendenz verdankt auch § 12 SVS 1929/1930 seine Entstehung. Er handelt von der Schadensbeteiligung des Sped.

Seine Entstehungsgeschichte ist sehr interessant. Das Resultat, das sich für die Versicherungsgesellschaften auf Grund der Regelung von 1927 ergab, war ungünstig und zwar so sehr, daß $1/3$ der ursprünglich beteiligten Gesellschaften, nämlich 4 von 12, mit einer Beteiligungsziffer von 35% ihre Beteiligung aufgab und die verbleibenden alten 8 Gesellschaften ihre ursprünglichen Beteiligung von 65% auf 51% reduzierten. In Wirklichkeit haben also 49%, fast die Hälfte, ihre Beteiligung aufgegeben. Diese Beteiligungs-Ziffer von 49% wurde von 11 Gesellschaften übernommen, die 1929 neu dazutraten.

Der Grund dafür war, daß das Geschäft sich nicht gelohnt hatte. Die gewaltigen Prämieneinnahmen wurden durch die Schadensregulierung ganz verschlungen, ja die Versicherungsgesellschaften haben nach ihrer eigenen Angabe einen Verlust von RM. 500 000.— erlitten [1]). Das kam daher, daß die Sped. nach Einführung der Speditionsversicherung ihre Versehen bereitwillig zugaben, sie waren von jeder Haftung frei und konnten gegen die Kunden kulant sein [2]).

Deswegen sollten die Sped. an dem Schaden mit beteiligt werden. Der Sped. muß dem Versicherer 10% des Schadensbetrages zurückerstatten. Falls dieser bis zu RM. 30.— beträgt, muß er ihn ganz erstatten; seine Mindestbeteiligung ist überhaupt in jedem Fall RM. 30.—, seine Höchstbeteiligung RM. 300.— je Schadensfall. Bei einem vorsätzlichen Vergehen

[1]) Verhandlungen 1929 Heft 9 S. 17.

[2]) Vgl. Schunck, welcher den SVS als Makler zwischen den Verbänden der Wirtschaft und den Versicherungsgesellschaften zustande gebracht hat, in SSZ 1928 S. 542.

oder Verbrechen eines leitenden Angestellten erhöht sich die Schadensbeteiligung des Sped. beträchtlich unter der Voraussetzung, daß er selbst seine Ueberwachungspflicht verletzt hat.

Das wichtigste ist für den Versender die Prämie. In den ADSp 1927 betrug sie 1 Pfg. für RM. 1000.—, für jeden Verkehrsvertrag mindestens 10 Pfg. In den ADSp 1929/30 ist eine Veränderung eingetreten. Die Prämie ist jetzt gestaffelt worden (§ 11 VSV) entsprechend dem Betrag der Versicherungssumme; z. B. bei einem Versicherungswert von 6000.— Mk. betrug die Prämie 1927 10 Pfg., 1929 25 Pfg., 1930 40 Pfg.; bei einem Versicherungswert von RM. 11 000.— sind die entsprechenden Sätze 11 Pfg. bezw. 40 Pfg. bezw. 70 Pfg.; für 50 000 RM. sind es 50 Pfg. bezw. 145 Pfg. bezw. 295 Pfg.; für 50 100 RM. sind es 50 Pfg. bezw. 160 Pfg. bezw. 310 Pfg.

Es ist also eine Mehrbelastung des Versenders geschaffen worden, aber nur wenn der Versicherungswert 5000 Mk. bzw. 2500 Mk. übersteigt, was nicht die Regel ist (s. u.).

Zu erwähnen ist noch, daß in der Regel der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen und durch ein Schiedsgericht ersetzt wird.

Wenn der Sped. die Speditions-Versicherung abgeschlossen hat, so ist er von der Haftung für jeden wie immer gearteten, durch diese Versicherung gedeckten Schaden frei. § 41 a ADSp. Untersagt der Versender die Versicherung, so haftet der Sped. mit den in den ADSp vorgesehenen Beschränkungen, sofern sie gültig sind. Nicht alle Sped. haben sich der Regelung angeschlossen und schließen automatisch die Speditions-Versicherung für den Kunden ab. Es ist Sache des Kunden, sich darüber zu orientieren; jedenfalls aber darf der nicht nach §§ 39 ff. versicherte Sped. sich nicht auf die ADSp berufen (§ 41 c ADSp), das soll heißen, die ganze Haftungsbeschränkung soll nur im unmittelbaren Zusammenhang mit der Speditions-Versicherung Bestand und Sinn haben. Die Notwendigkeit der Deckung des Kunden wird also anerkannt.

Eine Schöpfung von 1929 ist die Rollfuhrversicherung, welche die Versicherung für Warenschäden aus Rollfuhraufträgen im örtlichen Verkehr betrifft.

Sie wird vom Sped. auf Kosten des Versenders ohne weiteres genommen, wenn sie nicht untersagt wird. Das wird in der Regel nur geschehen, wenn der Sped. für das örtliche Risiko eine Transport-Versicherung genommen hat. In diesem Fall

ist die Rollfuhr-Versicherung auch ausgeschlossen [1]), ebenso dann, wenn die Speditions-Versicherung Platz greift. Dagegen sind Schäden an der Ware, die aus einer unfreiwilligen Zwischenlagerung bis zur Höchstdauer von einer Woche entstanden sind, mitversichert. Das Schadensmaximum, bis zu dem jede Rollfuhrtätigkeit versichert ist, beträgt RM. 1500.—. Soweit ein Schaden durch Rollfuhr-Versicherung gedeckt ist, wird der Sped. von jeder Haftung frei. Dagegen haftet der Sped. bei einem Betrag, der die Summe von RM. 1500.— übersteigt; ob beschränkt oder nicht, wird erst später untersucht. Ebenso haftet der Spediteur, aber nur beschränkt, wenn der Kunde den Sped. anweist, keine Rollfuhrversicherung zu nehmen [2]).

Die Speditionsversicherung wird durch die Rollfuhrversicherung nicht ausgeschlossen. Die Rollfuhrversicherung versichert nicht gegen Spediteurfehler, sondern sie ist eine Art der Transportversicherung gegen Gefahren, wie sie beim Zu- und Abrollen der Güter entstehen [3]).

2. Bei einer Würdigung der eben dargestellten Versicherungsmöglichkeit müssen drei Fragen aufgeworfen werden:

a) Bedeutet die Prämienlast für den Versender eine unbillige Härte oder ist sie tragbar?

b) Bringt die Speditionsversicherung dem Versender Nachteile, die dieser auf Grund seiner gesetzlichen Stellung nicht hätte, insbesondere Schwierigkeiten und Zeitverluste, so daß die Versicherung unzureichend und dem Versender nicht zuzumuten ist?

c) Erreicht der Versender durch die Versicherung wirklich volle Deckung?

Auf keinen Fall ist hier die Frage nach der juristischen Natur der Speditionsversicherung zu untersuchen. Es ist hier gleichgültig, ob sie als Haftpflichtversicherung (so Bruck JW 1927 S. 2789) oder als Transportversicherung (so Senckpiehl VR 1928, 505 und anscheinend Kisch ZBH 1928 S. 274) oder als Versicherung sui generis (so Isaac S. 333) konstruiert wird. Das spielt nur für die Frage der Aufsichtspflichtigkeit eine Rolle.

[1]) Nicht aber dann, wenn das örtliche Risiko durch eine Transport-Versicherung gedeckt werden kann. Das ist ein wichtiger Unterschied gegenüber der Speditions-Versicherung, vgl. § 2 RVS und § 4 SVS, insbesondere auch SVS 1927.

[2]) Vgl. Reuver JW 1929 S. 2802.

[3]) Mißverständnis bei Koehler EEE 48 S. 330. Dagegen jur. Abteilung des VDSp in SSZ 1930 S. 148.

a) Die Versicherten tragen die volle Prämienlast dafür, daß der Sped. frei wird, also der Sped. zeichnet sich auf Kosten des Versenders frei. Dafür erlangt der Versender die Deckung durch die Versicherung. Würde er sich nicht versichern und gleichwohl vom Sped. die volle Haftung verlangen, so wäre dieser gezwungen, jenem eine besondere Gegenleistung, nämlich eine Risikoprämie, zu berechnen.

Soweit also die Prämie nicht unverhältnismäßig hoch ist, sondern eben im Verhältnis zum Risiko steht, ist es durchaus gerechtfertigt, wenn auch der Versender die Prämie bezahlt. In der Literatur besteht allerdings Meinungsverschiedenheit in dieser Frage. Isaac (VR 1928, 378) und Koehler (EEE 46, 342) stehen auf dem hier vertretenen Standpunkt, während Reuver sich nicht klar ausspricht. Anderer Meinung sind Bruck (JW. 1927 S. 2790), Kisch (ZBH 1928 S. 276) und Richter (JW 1929 S. 2032). Sie finden es ungerecht, daß den Versender die Prämienlast treffen soll, übersehen dabei aber wohl den Umstand [1]), daß der die volle Haftung tragende Sped. eine höhere Vergütung verlangen kann als der beschränkt haftende Sped. Auch die Wirtschaft hat unserer Ansicht Recht gegeben. Denn bei diesem wichtigen Punkt hätten die Vertreter der Auftraggeber, die Spitzenverbände, sich zweifellos gewehrt, wenn sie darin eine Unbilligkeit erblickt hätten. Aber sie selbst haben den Vorschlag der Speditionsversicherung gemacht. Würde ferner der Sped., wie vorgeschlagen wird, eine Haftpflichtversicherung eingehen, so würde er die daraus entstehenden Gebühren nach kaufmännischen Grundsätzen zweifellos mit Recht in die Speditionsgebühren einkalkulieren. Wenn nun der Kunde diese Gebühren im Voraus kennt und sie selbst berechnen kann, so bedeutet das gegenüber dem Verfahren bei der Haftpflichtversicherung sogar einen Vorteil für ihn.

Was die Höhe der Prämie betrifft, so haben wir oben ausgerechnet, daß die Prämie von 1930 beträchtlich höher sein kann als die von 1927 und auch von 1929. Das Verlustgeschäft, das die Versicherungsgesellschaften gemacht haben, war der Grund für die zweimalige Erhöhung von 1929 und 1930. Der SVS 1929 hat aber die Prämie nur erhöht, soweit der Versicherungswert 5000 RM. übersteigt; 1930 wurde der Grenzwert auf 2500 RM. herabgesetzt. Das kommt daher, weil die

[1]) Abgesehen von Richter, der sich einfach auf das Urteil des RG 106 S. 386 stützt.

meisten angemeldeten Schäden solche bis zu diesen Grenzwerten sind[1]); für sie ist also die Prämie nicht in nennenswerter Weise erhöht worden. Anders wenn der Schaden 5000 bezw. 2500 RM. übersteigt. Hier wäre bei einer großen Schadensumme nach dem SVS 1927 eine lächerlich geringe Prämie zu zahlen gewesen. Gerade die wenigen Schäden über 5000 bezw. 2500 RM. machen aber den großen Teil der gesamten, von den Versicherungsgesellschaften bezahlten Schadensumme aus; so wurden 1928 etwa zwei Drittel der gesamten Schadensumme auf die wenigen Schäden über 5000 RM. ausgezahlt[2]). Der gleiche Grund läßt sich, wenn vielleicht auch nicht in so starkem Maß, für die Herabsetzung des Grenzwertes auf 2500 RM. im SVS 1930 anführen[3]).

Im übrigen ist besonders auf die Interessen des Einzelhandels Rücksicht genommen, der i. d. R. mit einem niedrigen Versicherungswert rechnet. Bis zur Höhe von 200 RM. beträgt die Prämie nur 5 Pfennig, ist also gegenüber dem SVS 1927 um die Hälfte gekürzt. Auch für Sammelladungen ist in § 11 SVS eine Erleichterung vorgesehen.

Desgleichen kann die Verringerung der Höchstgrenze auf 400 000 RM. nicht so bewertet werden, daß sie die Versicherung zu einem völlig illusorischen Ersatz machen würde. Man braucht bloß daran zu denken, bis zu welcher Höhe die einzelnen Sped., volle Haftung angenommen, in Wahrheit haften könnten. Selbst einer erstklassigen Speditionsfirma dürfte eine solche Haftungsgrenze schwer ankommen.

b) Bringt die Speditionsversicherung dem Versender Nachteile, die dieser auf Grund seiner gesetzlichen Stellung nicht hätte?

Wir haben oben im Anschluß an das RG (99 S. 107) das Erfordernis aufgestellt, daß dem Versender durch die Versicherungsnahme keine weiteren Schwierigkeiten und Zeitverluste erwachsen dürfen. Daraufhin ist die Regelung des SVS zu untersuchen. Sollten sich Mängel herausstellen, so ist aber aus ihnen nicht etwa auf die rechtliche Unzulässigkeit der Speditionsversicherung zu schließen.

---

[1]) Verhandlungen 1929 Heft 9 S. 16: Aus einer Statistik für die Zeit von August 1927 bis 31. 12. 28 geht hervor, daß 4445 Schäden angemeldet worden sind; von diesen entfielen 4435 auf Schäden im Betrag bis zu 5000 RM. und nur 10 gehen darüber hinaus.

[2]) Verhandlungen a. a. O. S. 17.

[3]) Vergl. Hay SSZ 1930, 517; Silberstein SSZ 1930, 535.

Ein derartiges Verfahren will gleichwohl Koehler in EEE 46 S. 341 einschlagen. Er bemängelt gewisse Nachteile und stellt dann die Frage, ob die Speditionsversicherung wegen einer etwaigen durch sie veranlaßten, erheblichen Verkehrserschwerung unzulässig sei. Diese Fragestellung und Untersuchungsweise ist nicht richtig.

Wenn aus der Speditionsversicherung dem Versender Nachteile erwachen, so kann diese trotzdem niemals wegen Monopolmißbrauchs (Köhler sagt Verkehrserschwerung) nichtig sein. Die Speditionsversicherung als solche stellt keine Freizeichnung, keinen Mißbrauch dar; sie ist Ersatz an Stelle der beseitigten gesetzlichen Haftung — nichts weiter. Es kann nur gefragt werden, ob sie einen vollwertigen Ersatz darstellt, sodaß es sich um eine bloße Spesenfrage handelt. Diese Frage scheint Koehler verneinen zu wollen; trotz der von ihm gerügten Mängel glaubt er an die Vollwertigkeit des Ersatzes.

Etwaige Mängel der Speditionsversicherung führen also nicht zu ihrer rechtlichen Unzulässigkeit, vielmehr würden sie nur dem Sped. die Möglichkeit nehmen, seine Klauseln mit dem Hinweis auf diese Versicherung zu rechtfertigen.

Wie steht es nun mit dem Bedenken Koehlers, der Versender müsse 2 verschiedene Personen in Anspruch nehmen, je nachdem, ob die Speditionsversicherung genommen sei oder nicht; dann riskiere er aber, daß er unter Kosten den Falschen in Anspruch nehme, ja daß ihm sein Anspruch ganz verloren gehe?

Der Auftraggeber meldet seinen Schaden der Gesellschaft an. Er hat dazu seit Kenntnis eine Frist von einem Monat. Wenn allerdings der SVS gar nicht gezeichnet ist, kann der Auftraggeber den Versicherer nicht in Anspruch nehmen, sondern muß sich an den Sped. halten. Darüber kann sich der Kunde aber auf Grund eines von den Gesellschaften herausgegebenen Verzeichnisses leicht orientieren oder er kann vom Sped. selbst Auskunft verlangen.

Ist der SVS vom Sped. gezeichnet, diesem aber bei der Versicherungsanmeldung ein Versehen unterlaufen, so kann sich der Kunde an die Gesellschaft halten. § 5 Ziff. 4 SVS. Es ist nicht so, wie Koehler meint, daß in einem solchen Fall der Kunde sich an den Sped. halten müsse, sondern jener kann die Gesellschaft in Anspruch nehmen. Welchen Sinn hätte sonst § 13 Ziff. 1 a SVS, der den Gesellschaften bei Vorsatz des Sped. in voller Höhe ein Rückgriffsrecht gibt? Das erweist klar, daß die Gesellschaft dem Kunden jedenfalls bei Vorsatz

des Sped. haftet, dann aber auch bei Fahrlässigkeit. Denn eine Differenzierungsabsicht ist nicht ersichtlich und wäre auch nicht verständlich; § 5 Ziff. 4 SVS spricht überdies von Versehen. Das Bedenken Koehlers scheint mir also nicht gerechtfertigt.

Auch in folgendem möchte ich Koehler nicht beistimmen: Der Kunde behauptet, der Schaden sei durch Speditionsversicherung gedeckt; die Gesellschaft bestreitet das. Zuständig ist für den Streit das Schiedsgericht (§ 41 b ADSp). Ist dieses der gleichen Ansicht wie die Versicherungsgesellschaft, so muß der Kunde den ordentlichen Rechtsweg gegen den Sped. beschreiten. Dieser kann nicht seine Passiv-Legitimation bestreiten. Wenn der Kunde gleich zu Anfang das ordentliche Gericht angerufen hätte, so läuft er nach der Ansicht Koehlers [1]) Gefahr, mit der Begründung abgewiesen zu werden, der Schaden sei durch Speditionsversicherung gedeckt, der Sped. hafte also nicht (§ 41 a ADSp). Das ist unmöglich, denn der Kunde wird den ordentlichen Rechtsweg gegen den Sped. schlechterdings nicht beschreiten, wenn er überzeugt ist, der Schaden sei durch Speditionsversicherung gedeckt, und noch viel weniger eine solche Behauptung im Prozeß aufstellen. Ruft der Kunde gleich zu Anfang das ordentliche Gericht an, so tut er es nur mit der Behauptung, der Schaden sei nicht gedeckt. Bestreitet das der Sped., so kann er die Einrede der Schiedsgerichtsklausel geltend machen (§ 41 b ADSp, § 274 Abs. 2 Ziff. 3 ZOP.); die Klage wird als unzulässig abgewiesen.

Die Sachlage, die den Kunden veranlaßt, zuerst das Schiedsgericht anzugehen oder zuerst den Sped. zu verklagen, ist also in dem einen Fall gerade umgekehrt, wie in dem andern. Schwierigkeiten erwachsen daraus den Versendern nicht. Es kommt lediglich darauf an, was er behauptet, nämlich ob der Schaden durch die Speditionsversicherung gedeckt sei oder nicht. Selbst wenn allein das ordentliche Gericht zuständig wäre, auch für die Streitigkeiten aus dem SVS, so könnte der Kunde immer nur eine der beiden Behauptungen aufstellen. Nach der Regelung des SVS muß er das je nachdem vor der einen oder andern Stelle tun. Darin kann ein gewisser Nachteil erblickt werden, dem aber die Vorteile des schiedsgerichtlichen Verfahrens, hauptsächlich eine beschleunigte Entscheidung, gegenüberstehen [2]).

[1]) EEE 48 S. 330.

[2]) Vgl. auch unten S. 59. Dort stehen dem Versender aber 2 Ansprüche zu, der eine gegen die Vers. Ges., der andere gegen den Sped.

Ebenso liegt der andere Fall, den Koehler anführt, daß streitig ist, ob die ADSp zugrunde liegen. Für die Entscheidung dieser Frage ist das Schiedsgericht nicht zuständig. Wenn aber der Kunde die Gesellschaft in Anspruch nimmt und diese ihre Ersatzpflicht ablehnt, weil die ADSp nicht vereinbart seien, also auch nicht die Bestimmungen des SVS, so handelt es sich wiederum um die Frage, ob der Schaden durch Speditionsversicherung gedeckt ist, und hier also ist das Schiedsgericht zuständig. Würde der Kunde zuerst den Sped. in Anspruch nehmen, so wird er das vernünftigerweise immer nur mit der Behauptung tun, der Schaden sei nicht durch Speditionsversicherung gedeckt, weil die ADSp nicht vereinbart seien. Bestreitet das der Sped., so kann er die Einrede der Schiedsgerichtsklausel geltend machen. Eine Abweisung mit der Begründung, die ADSp lägen dem Vertrag zu Grunde, der Sped. hafte also nicht — kann doch dann nicht erfolgen. So aber K. am angegebenen Ort. Der Kunde wird also nicht geschädigt.

Anders natürlich, wenn unter den Parteien unstreitig ist, daß der Schaden auf alle Fälle durch Speditions-Versicherung nicht gedeckt ist, wohl aber allein streitig, ob die ADSp zugrunde liegen. Hier ist das Schiedsgericht nicht zuständig, sondern in jeder Beziehung das ordentliche Gericht. Eine Schwierigkeit kann hierin erst recht nicht erblickt werden[1]) [2]).

Es bleibt noch das Bedenken Koehlers übrig, daß der Sped. bei der Schadensregelung kulanter sei als die Versicherungsgesellschaft. Das Bedenken ist durch die Praxis widerlegt worden. (s. o.). Im übrigen kommt es bei der Schadensregelung nach wie vor auf das Verhalten des Sped. an; denn er ist es, der den Fehler gemacht hat; von seinem Geständnis hängt viel ab. Der Sped. hat bis 1929 sehr bereitwillig seinen Fehler zugegeben; die Versicherung mußte ja den Schaden tragen. Dadurch, daß er jetzt mit 10% am Schaden beteiligt wird, ist der Versender, was die Kulanz des Sped. betrifft, wohl etwas schlechter gestellt; aber eine unangemessene Regelung kann man m. E. darin nicht finden.

Wir kommen mithin zu dem Ergebnis, daß die Speditionsversicherung dem Versender keine solchen Schwierigkeiten bringt, welche die Rechtfertigung der Freizeichnungsklausel mit der Versicherung von vornherein verbieten könnten.

---

[1]) Koehler scheint die beiden letzten Fälle zu verwechseln.

[2]) Ferner ist auch Koehlers Behauptung, die Schiedsgerichtsklausel sei nichtig, durch Wussow EEE 48 S. 119 widerlegt.

c) Erreicht der Versender durch die Speditionsversicherung seine volle Deckung?

Daß diese Frage für den SVS 1927 verneint werden muß, hat Reuver in seinen Aufsätzen im Zentralblatt für Handelsrecht nachgewiesen. Indessen verschafft auch der SVS 1930 dem Kunden keinen vollen Schutz, vielmehr hat er sogar den Rahmen der Versicherung gegenüber 1927/29 eingeschränkt.

Der Lagervertrag gilt nicht mehr als Verkehrsvertrag im Sinn des § 2 Ziffer 1 SVS, d. h., wenn der Versender einen Schaden erleidet, wegen dessen er den Sped. auf Grund des Lagervertrags in Anspruch nehmen könnte, so haftet die Versicherungsgesellschaft nicht; der Sped. dagegen beruft sich auf die subsidiären Freizeichnungsklauseln. Immerhin sind Vor-, Zwischen- oder Anschlußlagerungen innerhalb eines Verkehrsvertrages (nicht Lagervertrages) bis zur Höchstdauer von 3 Monaten in die Versicherung eingeschlossen. Im Zweifel gilt jede Lagerung innerhalb eines Verkehrsvertrags für die Dauer von einem Monat als Vor-, Zwischen- oder Anschlußlagerung. § 3 Ziff. 3 SVS.

Ferner ist das Risiko für Veruntreuungen und Unterschlagungen der Angestellten des Sped. bezw. Lagerhalters nicht mehr in der Speditionsversicherung mit einbegriffen. Der Versender ist hier also nicht gedeckt, während der Sped. sich auf die ADSp beruft. Dort ist jedoch gerade für diese Lücke ein gewisser Ausgleich geschaffen worden. Für Unterschlagungs- und Veruntreuungsschaden eines Arbeitnehmers haftet der Sped. bis zur Höchstgrenze von 20 000 RM., während bisher seine Haftung ganz allgemein nur bis 1500 RM. gehen konnte. § 54 a ADSp. Ferner haftet er bei Lagerverträgen für alle übrigen Schäden bis zum Höchstbetrag von 5000 RM.

Eine weitere Lücke des SVS ist in der Möglichkeit zu finden, daß der Versender, trotzdem er versichert ist, zwischen zwei Stühle zu sitzen kommt, daß er nämlich weder etwas vom Transport- noch vom Speditionsversicherer bekommen, sich vielmehr nur an den beschränkt haftenden Sped. halten kann.

Z. B. der Sped. bekommt ein Gut zur Verpackung und Versendung; ein Angestellter verpackt das Gut mangelhaft. Wenn das Gut beschädigt wird, so lehnt der Transportversicherer wegen mangelhafter Verpackung ab. Der Speditionsversicherer lehnt ab, weil der Schaden durch Transportversicherung gedeckt ist.

Der Grund, daß eine solche Lücke möglich ist, ist die Schwierigkeit zwischen Transport- und Spediteurfehlerversicherung eine scharfe Grenze zu ziehen[1]). Die Transportversicherung ist eine Versicherung der Substanz, ganz anders die Spediteurfehlerversicherung; von größter Wichtigkeit wird diese Grenzziehung in § 4a SVS. Welche Schäden werden üblicher Weise durch Transport-Versicherung gedeckt? Die Auslegung der Stelle (übrigens für § 4a SVS 1927, wo es hieß; welche Schäden hätten gedeckt werden können?) ist bestritten. Der Streit ist heute noch geradeso möglich. Der Wortlaut läßt drei Möglichkeiten zu:

1. „Ueblicher Weise" bezieht sich auf Transportversicherung, es wird also nach den üblichen Versicherungsbedingungen gefragt, ob durch diese Schäden gedeckt werden. Es wird ohne weiteres angenommen, daß die Transportversicherung stets genommen wird.
2. Gerade diese letztere Annahme wird bezweifelt und es wird gesagt: „üblicher Weise" bedeutet die Frage, ob solche Transportversicherung üblicher Weise überhaupt genommen wird.
3. Eine dritte Möglichkeit, die aber m. W. nicht vertreten wird, ist, beide Fragen zu stellen.

Die erste Ansicht vertreten die Versicherer und ein Urteil des Schiedsgerichts[2]), die zweite Auffassung haben sich die Sped., in der Literatur Isaac S. 345 und Bruck JW. 1927, 89 zu eigen gemacht.

Folgt man der ersten Ansicht, so wird man wirtschaftlichen Verhältnissen in keiner Weise gerecht. Eine Transport-Versicherung war im Binnen-Verkehr bisher nicht üblich. Die Eisenbahn haftet ja bis zur höheren Gewalt. Durch die Auslegung zu 1) wird also ein starker Zwang zur Versicherung auf die Wirtschaft ausgeübt. Wie steht es dann mit der Billigkeit der Transporte, dem Hauptargument für die Haftungsbeschränkung? Eine andere Konsequenz der ersten Ansicht ist folgende: Die Versicherungsbedingungen sind häufig verschie-

[1]) Vergl. Dr. Haage, Vertreter der Handelskammer Hamburg, in der Sitzung des Verkehrsausschusses des Industrie- und Handelstags vom 31. 5. 27: ein großer Teil der Speditionsversehen kann nach ihm durch eine Transportversicherungspolice gedeckt werden. Verhandlungen 1927 Heft 6.

[2]) Dargestellt und besprochen von Reuver ZBH 1928 S. 394 ff.

den. In jedem Wirtschaftszweig gilt außerdem wieder eine andere „Ueblichkeit". Wie soll da der Versender wissen, was üblich im Sinn des § 4a SVS ist?[1]). Das Schiedsgericht muß das auch erst nachträglich feststellen. Dadurch wird eine bedauerliche Unsicherheit in das Publikum getragen.

Wegen dieser Konsequenzen ist die erste Ansicht (und ebenso die dritte Möglichkeit) abzulehnen und die zweite Auffassung als die dem Versender günstigste vorzuziehen. Der Wortlaut selbst läßt an sich jede Möglichkeit zu, aber gerade deswegen muß hier der Satz gelten, daß Unklarheiten zu Lasten der Versicherungsgesellschaft gehen.

Aus unseren Ausführungen ergibt sich, daß der SVS den Kunden in gewissen Fällen schutzlos läßt, und daß er u. U. zu einer Auslegung führen kann, die den Versender zu einer wirtschaftlich unnötigen Versicherung zwingt[2]).

Alles in allem zeigt sich also, daß die Speditionsversicherung dem Versender zwar keine untragbare Prämienlast und auch keine sonstigen nennenswerten Schwierigkeiten bringt. Wohl aber sind im SVS gewisse Lücken vorhanden, die es unmöglich machen, von einem in jeder Hinsicht vollwertigen Ersatz der wegbedungenen gesetzlichen Haftung des Sped. zu sprechen. Deswegen ist die Regelung des SVS nicht etwa schlecht, sie ist dem Versender und überhaupt der Wirtschaft zweifellos lieber als gar nichts. Insbesondere wird sie auch im folgenden bei der primären Freizeichnungsklausel zu berücksichtigen sein. Dagegen hat sie nicht die Kraft, den Vorwurf der Sittenwidrigkeit einer Klausel von vornherein zu beseitigen. Vor allem ist nach wie vor daran festzuhalten, was nochmals hervorgehoben werden soll, daß die Freizeichnung von der Haftung für eigenes Verschulden des Monopolinhabers und das der leitenden Angestellten einen sittenwidrigen Mißbrauch des Monopols darstellt.

---

[1]) Vgl. Schunk in SSZ 1928 S. 541: „keinesfalls stellen die Allg. Versicherungsbedingungen der Transport-Versicherungsgesellschaften eine übliche Deckung dar."

[2]) Dagegen ist es begrüßenswert, wenn der SVS den Sped. grundsätzlich mit 10% am Schaden beteiligt und der Versicherungsgesellschaft ein gegenüber dem SVS 1927 und auch 1929 verschärftes Rückgriffsrecht gegen den Sped. gibt. Dieser wird dadurch davon abgehalten, infolge der Versicherung unsorgfältig zu arbeiten.

§ 7.

Der Zusammenhang der Freizeichnungsklauseln mit der Speditionsversicherung.

Die ADSp gehen grundsätzlich davon aus, daß der Kunde die Versicherung nimmt; für diesen Fall kommt die sog. primäre Freizeichnungsklausel (§ 41 ADSp) in Betracht. Wird die Versicherung nicht genommen, so greifen die subsidiären Freizeichnungsklauseln Platz (§§ 51 ff. ADSp).

Es ist aber auch möglich, daß der Sped. selbst die Versicherung ausschließt, weil er den SVS den Gesellschaften gegenüber nicht gezeichnet hat. Im folgenden sind also zwei Hauptfälle zu unterscheiden:

I. Die Speditionsversicherung wird genommen und deckt entweder den entstandenen Schaden oder deckt ihn nicht.

II. Die Speditionsversicherung wird nicht genommen,
   1. weil der Sped. sie ausschließt;
   2. weil der Versender sie untersagt.

I.

Die primäre Klausel enthält § 41 a ADSp: sie zeichnet den Sped. unter der Voraussetzung gedeckter Speditions-Versicherung von der Haftung für jeden wie immer gearteten, durch diese Versicherung gedeckten Schaden frei. Und zwar gilt diese Freizeichnung für alle Verrichtungen des Sped., gleichgültig, ob sie Speditions-, Fracht-, Kommissions- oder sonstige Geschäfte betreffen (§ 2a ADSp).

Die Klausel bedeutet also, daß der Kunde gegen den Sped. keinen Schadensersatzanspruch geltend machen kann, statt dessen erwirbt der Kunde einen Anspruch gegen die Versicherungs-Gesellschaft, wenn er seinen Pflichten als Versicherter nachkommt, namentlich die Schadensanmeldung[1]) nicht unterläßt.

Soweit durch die Klausel die Haftung für eigenen Vorsatz des Sped. ausgeschlossen wird, ist die Freizeichnung nichtig (§ 276 Abs. 2 BGB)[2]). Eine solche Absicht der Partei ist aber i. Z. gar nicht anzunehmen.

Soweit die Klausel die Haftung des Sped. für eigene Fahrlässigkeit und Verschulden seiner leitenden Angestellten aus-

[1]) Das besorgt in der Praxis meist der Sped.

[2]) Der Versender hat dann zwei Ansprüche, den einen gegen den Sped., den andern gegen die Versicherungsgesellschaft (s. u.). Vgl. Koehler LZ 1927 S. 1456.

schließt, ist sie nichtig, sofern er Monopolstellung einnimmt. Daß es sich dann um eine Ausbeutung derselben, nicht um eine bloße Spesenfrage handelt, ist nachgewiesen.

Im übrigen ist die Klausel gültig [1]).

Es erheben sich aber verschiedene Zweifelsfragen bezüglich der Auslegung der Klausel.

1. Was bekommt der Kunde von der Versicherungsgesellschaft? Nach § 50 VVG haftet der Versicherer bis zur Höhe der Versicherungssumme. Das gilt auch nach § 7 SVS: die Versicherungssumme bildet die Höchstgrenze der Ersatzpflicht unter allen Umständen. Diese Höchstleistung der Versicherer wird eingeschränkt in zwei Fällen, die hier nicht weiter interessieren (§ 7 Ziff. 1/2 SVS).

Es ist klar, daß der Schadensersatzanspruch des Versenders gegen den Sped. weiterreichen kann, z. B. ein Gut geht verloren, der gemeine Handelswert von 5000.— Mk. bildet die Versicherungssumme, der entgangene Gewinn [2]) beträgt 500.— Mk., dazu kommen doppelte Transportkosten infolge einer Nachbestellung und neue Versicherungsgebühren. Diesen Schaden kann der Versender vom Sped. ersetzt verlangen; denn von der Haftung wird der Sped. nur insoweit frei, als der Schaden durch Versicherung gedeckt ist [3]). Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 41 a ADSp. Das Gegenteil kommt nirgends zum Ausdruck; die ADSp sind aber bei Unklarheiten zu Lasten des Sped. auszulegen.

Es fragt sich, ob der Sped. nach dem Gesetz auf den vollen Restbetrag oder nach Maßgabe der in den ADSp vorgesehenen Haftungsbeschränkungen haftet. M. E. haftet der Sped. nach dem Gesetz. Dem Versender gegenüber wird der

---

[1]) Ebenso LG Hamburg SSZ 1930 S. 202. Es leitet die Gültigkeit der Klausel daraus her, daß die Versicherung tatsächlich gedeckt sei, dem Auftraggeber also einen Ausgleich für den Fortfall der Spediteurhaftung gewähre. Auch die Einführung des Schiedsgerichts mache die Freizeichnung nicht ungültig. Gerade unter Kaufleuten sei die Schiedsgerichtsbarkeit sehr beliebt.

[2]) Der entgangene Gewinn darf allerdings sich nicht daraus ergeben, daß das Gut z. Zt. der Erteilung des Speditionsauftrags verkauft ist (§ 7 Ziff. 1 SVS); aber er kann sich z. B. daraus ergeben, daß der Versender das Gut zunächst an einen Makler oder Kommissionär schicken wollte, nach der Erteilung des Speditionsauftrags aber das Gut selbst verkaufte. Auch durch Vermietung, z. B. von Gütern, die keinen gemeinen Handelswert haben (Kunstgegenstände), ist ein Gewinn erzielbar. (Vgl. § 7 Ziff. 2 und 3 SVS.)

[3]) So auch Koehler LZ 1927 S. 1456.

Eindruck erweckt, daß er sich durch Leistung seiner Prämie einen vollwertigen Ersatz für die gesetzliche Haftung erkaufen kann. Das allein ist auch der Rechtfertigungsgrund für die Freizeichnung nach § 41 a. Die Haftungsbeschränkungen in § 51 ff. sollen nach Absicht der ADSp nur Platz greifen, wenn die Speditions-Versicherung nicht genommen ist, der Versender aber die Möglichkeit dazu gehabt hätte. Wenn der Versender sich die Risiko-Prämie sparen wollte, die der Sped. für die Uebernahme des Risikos zu verlangen berechtigt ist und die in Gestalt der Versicherungs-Prämie erscheint, dann, in diesem Fall, kann er keine volle Haftung verlangen. Hier aber bezahlt der Versender die Prämie, also kann er die Haftung auch verlangen.

Aus dem angegebenen Grund kommt insbesondere auch § 54 ADSp, die Höchstgrenzenklausel nicht in Betracht. Ein weiterer Grund für die Nichtanwendung des § 54 ist in der Unklarheit seiner Fassung zu finden. Wenn dort gesagt wird, daß die Klausel für die Haftung aus jeglichem Grunde gelte, so ist damit gemeint: es wird gehaftet, gleichgültig ob Beschädigung, Verlust oder Verzögerung usw. vorliegt. (Vgl. Isaac S. 471). Nicht aber ist gemeint oder jedenfalls nicht klar gestellt: Haftung in jedem F a l l e: vielmehr gilt § 54 nur, wie ausgeführt, wenn der Versender die Versicherungsnahme untersagt hat.

Eine Schwierigkeit scheint sich für den Versender daraus zu ergeben, daß er bei nicht völliger Deckung des Schadens durch die Versicherung zwei verschiedene Personen in Anspruch nehmen muß, während er nach dem Gesetz nur den Sped. verklagen müßte. Dafür steht ihm der Vorteil offen, in der Versicherungsgesellschaft einen zahlungsfähigen Schuldner zu haben; auch der Sped. wird leichter einen möglichen Restbetrag bezahlen können. Einen Zeitverlust erleidet der Versender nicht, die Klage gegen den Sped. kann er sofort erheben; da er die ihm von der Versicherungsgesellschaft in Aussicht stehende Ersatzsumme im voraus berechnen kann.

Was das Verhältnis der beiden Ansprüche, des Anspruchs gegen die Vers.Gesellschaft und des Anspruchs auf den Restbetrag gegen den Sped., zueinander betrifft, so stammt der eine Anspruch aus dem Versicherungsvertrag, der andere ist ein reiner Schadensersatzanspruch aus dem Speditionsvertrag. Beide Ansprüche sind unabhängig voneinander.

2. Wird die Versicherung zwar genommen, der Abschluß aber durch ordnungswidrigen Geschäftsgang verzögert, und tritt vor dem eigentlichen Abschluß das Schadensereignis ein, dann haftet die Versicherungsgesellschaft, weil die Versicherung zu dem Zeitpunkt als in Kraft getreten gilt, zu welchem der Sped. bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang dazu in der Lage gewesen wäre (§ 42 in Verbindung mit § 35 a Satz 3 ADSp.). Dieses Ergebnis wird durch § 5 Ziff. 4 SVS bestätigt.

3. Wenn der Versicherte und der Auftraggeber verschiedene Personen sind, was nach § 39 b ADSp, § 1 SVS möglich ist, dann steht der Anspruch aus dem Versicherungsvertrag dem Versicherten zu, ein weiterreichender Anspruch aus dem Speditionsvertrag gegen den Spediteur dem Auftraggeber selbst, der im eigenen Namen gehandelt hat. Der Auftraggeber kann auch das Interesse seines Hintermanns liquidieren [1]). Er wird aber auch i. Z. als bevollmächtigt gelten können, den Anspruch aus dem Versicherungsvertrag geltend zu machen. Umgekehrt kann auch eine Abtretung des weiterreichenden Anspruchs an den Hintermann erfolgen (§ 3 ADSp).

Eine „Schwierigkeit" ist darin nicht zu erblicken.

4. Zu erörtern bleibt noch das Verhältnis einerseits der bei Vorsatz des Sped. gegebenen Ansprüche, anderseits der Ansprüche, die bei eigener Fahrlässigkeit und Verschulden der leitenden Angestellten entstehen, also das Verhältnis dieser Ansprüche zu dem Anspruch gegen die Versicherungsgesellschaft.

a) Der Anspruch des Versenders gegen den Sped. wegen vorsätzlicher Verletzung einer Vertragspflicht auf Schadensersatz konkurriert mit dem Anspruch des Versenders gegen die Versicherungsgesellschaft auf die Versicherungssumme nach dem Versicherungsvertrag. Beide Ansprüche können dem Umfang nach verschieden sein, namentlich kann jener weiterreichen wie dieser. Jener beurteilt sich nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften, dieser nach Maßgabe des SVS. Es handelt sich nicht um ein echtes Gesamtschuldverhältnis, sondern um ein sog. unechtes Gesamtschuldverhältnis [2]).

b) Grundsätzlich ebenso verhält es sich bei den anderen Ansprüchen. Hier ist aber aus der Freizeichnungsklausel die

[1]) Vgl. Enneccerus § 237 I und dort zitierte.

[2]) Die Unterscheidung zwischen echter und unechter Gesamtschuld entspricht der h. M., dagegen Philipp Heck, Grundriß des Schuldrechts 1929 § 79, S. 238 ff.

als im Sinn der Parteien vereinbarte Abrede zu entnehmen, daß der Anspruch gegen den Sped. erst geltend gemacht werden solle, wenn die Versicherungsgesellschaft nicht zahle. Von der Sped.Seite aus ist zwar sicher die absolute Freizeichnung gewollt; dieser Wille kann rechtlich nicht wirksam werden; dagegen verstößt ein Vertrag, durch den nicht eine absolute Freizeichnung, sondern nur eine dilatorische Einrede geschaffen wird, m. E. nicht gegen die guten Sitten, da der Enderfolg in keiner Weise gefährdet ist und die mögliche Verzögerung seines Eintritts nicht als Mißbrauch eines Monopols im Sinne eines erheblichen Opfers für den Versender angesehen werden kann. Der Wille der Partei zu einer solchen Abrede ist als das Minus enthalten in dem Freizeichnungs-Willen [1]), wobei man in der Regel annehmen kann, daß die Geltung der Abrede bei Kenntnis der teilweisen Nichtigkeit der Freizeichnungsklausel gewollt sein würde (§§ 139, 140 BGB).

Die Einrede selbst muß vom Sped. im Prozeß oder außerhalb des Prozesses geltend gemacht werden. Der Sped. kann also verlangen, daß die Versicherungsgesellschaft erklärt hat, sie zahle nicht, also gewissermaßen eine Einrede der Vorausbemühung geltend machen. Nicht aber kann er verlangen, der Versender solle sich zuerst an das Schiedsgericht wenden. Denn das ist die Einrede der Schiedsgerichtsklausel. Diese kann aber immer nur geltend gemacht werden, wenn streitig ist, ob der Schaden durch Speditionsversicherung gedeckt ist oder nicht.

Der tiefere Grund für die Gewährung der Einrede liegt in dem Bedürfnis des Sped., gegen unnötige Klagen geschützt zu sein. Wenn der Versender sich bei der Versicherungsgesellschaft erholen kann, soll er nicht den Sped. angehen; wollte man das zulassen, dann würde die Ansicht, welche die Freizeichnung von eigener Fahrlässigkeit und Verschulden leitender Angestellter für richtig hält, zu hart wirken.

Zum besseren Verständnis der etwas verwickelten Rechtslage wollen wir eine kurze Uebersicht der Möglichkeiten geben, die bei Erhebung einer Klage des Versenders gegen den Sped. bestehen.

Der Versender klagt gegen den Sped. wegen dessen fahrlässiger Vertragsverletzung. Dann ist zu unterscheiden, je nach-

[1]) Eine solche Annahme ist im Fall vorsätzlicher Verletzung nicht möglich, denn hier ist ein Freizeichungswillen überhaupt nicht anzunehmen (s. o.).

dem, ob die Parteien darüber einig sind, daß der Schaden durch die Speditionsversicherung gedeckt ist oder nicht. Es sind folgende Fälle möglich:

aa) Der Kläger behauptet die Deckung durch die Speditionsversicherung. Er macht aber den Anspruch gegen den Sped. direkt geltend (ihm habe er sein Vertrauen geschenkt, mit einer fremden Versicherungsgesellschaft wolle er sich nicht herumschlagen), dann kann der Sped. die Deckung bestreiten und die Einrede der Schiedsgerichtsklausel geltend machen; die Klage wird als unzulässig abgewiesen (denn nach § 41 b ADSp ist das Schiedsgericht zuständig, wenn es streitig ist, ob ein Schaden durch die Speditionsversicherung gedeckt ist).

Oder er kann die Deckung zugeben und die Einrede der Vorausbemühung geltend machen; dann wird die Klage als z. Zt. unbegründet abgewiesen.

Nicht kann der Beklagte leugnen, daß ein Schaden entstanden sei, auch wenn dieser durch die Versicherung gedeckt ist. Das könnte der Beklagte erst nach Auszahlung der Versicherungssumme.

bb) Der Kläger behauptet die Nichtdeckung durch die Speditions-Versicherung (dann greift nach seiner Ansicht § 41 ADSp gar nicht Platz).

Bestreitet das der Beklagte, dann kann er die Einrede der Schiedsgerichtsklausel geltend machen.

Gibt der Beklagte das zu, so greift § 41 nicht Platz. In der Regel wird der Beklagte die subsidären Klauseln geltend machen können (soweit sie gültig sind), nämlich wenn der Kläger die Versicherungsnahme untersagt hat.

5. Ist die Speditions-Versicherung genommen und tritt ein Schaden infolge eines Fehlers des Sped. ein, greift aber trotzdem die Sped.Versicherung nicht Platz, weil einer der in § 8 gezeigten Fälle vorliegt, in denen der Versender schutzlos bleibt, obwohl er alles getan hat, was er tun konnte, dann haftet der Sped. voll nach dem Gesetz. Das ergibt sich aus § 41 a. Die Voraussetzung: die Speditions-Versicherungsnahme, ist erfüllt, der Schaden wird aber durch diese Versicherung nicht gedeckt, denn er wird in concreto nicht ersetzt, obwohl ein Spediteurfehler vorliegt, also wird der Sped. von der Haftung auch nicht frei. Denn nach § 41 wird er nur frei, soweit der Schaden

gedeckt ist. Daß er dann nach dem Gesetz haftet, ist oben nachgewiesen [1]) und [2]).

Man kann es auch so begründen: die Speditionsversicherung soll bewirken, daß der Versicherer dem Auftraggeber gegenüber die volle gesetzliche Haftpflicht des Sped. übernimmt [3]). Wenn dann eine Lücke in der Speditions-Versicherung besteht, ist es nicht mehr wie recht und billig, daß die volle gesetzliche Haftung eintritt. Aus der Entstehungsgeschichte und dem Zusammenhang der ADSp geht klar hervor, daß die Freizeichnungsklausel nur in Verbindung mit der Speditions-Versicherung gelten soll [4]). Der Hinweis auf die Speditions-Versicherung ist ja gerade die Rechtfertigung für die Haftungsbeschränkung; wenn sie also versagt, kann sie auch nicht als Rechtfertigungsgrund benützt werden. Wollten die Sped. es trotzdem tun, so würde das ein venire contra factum proprium bedeuten [5]) u. [6]).

---

[1]) Versteht man unter Deckung, daß der fragliche Spediteurfehler unter die Speditions-Versicherung fallen muß, so ist auch hier der Schaden durch die Versicherung nicht gedeckt. Man kommt also zum gleichen Ergebnis wie oben.

[2]) Hier schrumpft die Deckung gewissermaßen auf Null zusammen.

[3]) So Isaac S. 356 a. E.

[4]) Vgl. das vom ADSp für die ADSp 1927 herausgegebene Merkblatt für Sped., Frage 8: „Beide (SVS und ADSp) gehören untrennbar zusammen. Der SVS gibt unsern Auftraggebern die Möglichkeit, die Nachteile, die aus der Haftungsbeschränkung erwachsen, durch eine Versicherung abzudecken." — Ferner vgl. Altenburg VR 1928, 463: die Speditions-Versicherung ist „unablösbarer Bestandteil der ADSp".

[5]) Aus diesem Gedanken heraus hält auch Koehler EEE 47 S. 18 den Sped. für verpflichtet, den Auftraggeber auf die Notwendigkeit weiterer Versicherung hinzuweisen, wenn er erkennen muß, daß das Risiko sonst entgegen dem Willen des Kunden nicht voll gedeckt sein wird. Aus dieser Ansicht kann man m. E. folgern, daß der Sped. im Fall der Verletzung seiner Pflicht voll nach dem Gesetz haftet. Denn der Auftraggeber soll auf die weitere Versicherung ja gerade deswegen hingewiesen werden, damit er dem Nachteil der Haftungsbeschränkung entgeht.

[6]) Es fragt sich allerdings, ob solche, schon seither allg. anerkannten Haftungsbeschränkungen, wie z. B. die Abdingung des § 413 HGB, auch hier Bestand haben. Das ist konsequenterweise zu verneinen. Bestand haben können solche Haftungsbeschränkungen nur, wenn sie Handelsbrauch sind.

II.

1. Die Speditions-Versicherung wird nicht genommen, weil der Sped. die Versicherung ausschließt. Dann haftet er nach dem Gesetz. Er kann sich nicht auf die ADSp berufen § 41 c ADSp [1]). Das ist klar im Geschäftsbericht des VDSp für 1927/28 Anlage A ausgedrückt, wo es unter Nr. 10 heißt: Wenn der Sped. sich nicht den SVS zueignet, so könne der Kunde die volle gesetzliche Haftung von ihm verlangen, „da er ja nicht in der Lage sei, die Nachteile, die ihm aus der Haftungseinschränkung erwüchsen, durch eine Versicherung abzudecken“ [2]).

Eine andere Meinung vertritt Senckpiehl in ZBH 1929, S. 302, aber ohne jede Begründung, entgegen dem klaren Wortlaut des § 41 c ADSp.

Von dem Fall, daß der Sped. die Versicherung ausschließt, ist der andere Fall zu unterscheiden, daß er die Versicherung nicht anmeldet, obwohl er den SVS dem Versicherer gegenüber gezeichnet hat. Ein solches Versehen des Sped. soll dem Auftraggeber nach § 5 Ziff. 4 SVS nicht schaden; er gilt vielmehr als versichert und kann seinen Anspruch gegen die Versicherer geltend machen. Hier kommen nicht die subsidiären Klauseln in Betracht, wie oben, sondern nur die Klauseln des § 41 a ADSp).

2. Untersagt der Auftraggeber die Speditions-Versicherung und nimmt infolgedessen der Sped. diese nicht [4]), dann haftet dieser nach Maßgabe der Haftungsbeschränkungen §§ 51 ff. Es fragt sich, ob und inwieweit diese gültig sind. Entscheidend dafür ist, ob es sich um eine bloße Spesenfrage handelt. Wir

---

[1]) Ebenso Altenburg VR 1928, 463, 561 für die ADSp 27, in denen eine in § 41c ADSp 29 entsprechende Regelung nicht vorhanden ist; dagegen Durst VR 1928 S. 504; 1929, 56.

[2]) Zitiert nach Reuver ZBH 1928 S. 194. — Ebenso Frage 11 des Merkblatts für Sped. (ADSp 27). Hier wird darauf hingewiesen, daß der Sped. mit 100% haftpflichtig sei, wenn er den Versicherungsauftrag nicht ausführe.

[4]) In keinem Zusammenhang mit der Haftungsfrage steht der Fall, daß der Sped. die Speditions-Versicherung deckt, obgleich ihm der Auftraggeber das untersagt hat. Hier begeht der Sped. keinen Verstoß gegen seine Spediteurpflichten. Der Sped. haftet zwar, wenn er eine Speditions-Versicherung nicht nimmt, während er sie nach dem Speditionsvertrag hätte nehmen müssen. Wenn er iedoch mehr versichert, als er soll, haftet er nicht, sondern er trägt lediglich die Prämienlast. Vgl. Senckpiehl VR 1929 S. 104 ff.

haben diese Frage in dem Sinn bejaht, daß eine Freizeichnung für Verschulden nicht leitender Angestellter zulässig ist. Ob in sonstiger Beziehung eine Ausbeutung eines Monopols vorliegt, ist eine andere Frage, die jeweils bei jeder Bestimmung zu untersuchen sein wird.

Die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die Spesenfrage hat § 51 c ADSp, wonach der Auftraggeber durch Vereinbarung einer besonderen Vergütung eine schärfere Haftung des Sped. erreichen kann. Das RG vom 8. 11. 26 in JW 1927 S. 118 verlangt eine Darlegung des Sped., daß diese Bestimmung nicht auf dem Papier stehen geblieben, sondern ihr praktische Geltung verschafft worden ist, daß die Angehörigen des Spediteur-Vereins sich zu der Billigkeit entsprechenden Sätzen tatsächlich und auch nicht nur ausnahmsweise eingelassen haben.

Isaac S. 456 nennt die Ausführungen des RG unklar. M. E. läßt der Standpunkt des RG an Klarheit nichts zu wünschen übrig; es fragt sich nur, ob er nicht zu streng ist. Isaac sagt, es sei zunächst Sache des Auftraggebers, eine höhere Gegenleistung anzubieten; die Zwangslage würde höchstens gegeben sein, wenn der Sped. eine unangemessen hohe Gegenleistung verlange. Im übrigen sei die Frage jetzt gegenstandslos geworden, da die ADSp mit der Wirtschaft vereinbart seien, eine Zwangslage also nicht mehr bestehe.

Letzteres ist sicher falsch; es kommt immer nur darauf an, ob der einzelne Versender sich in einer Zwangslage befindet oder nicht (s. o.). Aber auch die anderen Gründe oder vielmehr Behauptungen Isaacs, der Auftraggeber müsse eine höhere Gegenleistung anbieten, schlagen nicht durch.

Die Haftungsbeschränkung ist gegenüber der gesetzlichen Regelung die Ausnahme, also ist es Sache des Sped., den Kunden darauf hinzuweisen, daß er diese Ausnahme bei einer Extra-Vergütung nicht macht (demnach nur u. U. von der Ausnahme die Unterausnahme macht). Es ist möglich, diesen Hinweis schon in § 51 c selbst zu finden. Aber das genügt noch nicht.

Der Sped. muß auch noch den Nachweis der praktischen Geltung führen, was ihm oft schwer fallen dürfte. Der Nachweis der Versicherungsmöglichkeit und ihrer praktischen Handhabung leistet ihm aber den gleichen Dienst. Denn beides Mal handelt es sich um die Spesenfrage.

Die Vereinbarung der Risiko-Vergütung bei voller Haftung muß nach § 51 c ADSp von Fall zu Fall getroffen werden.

Es ist zweifelhaft, ob diese Lösung befriedigend ist. Besser wäre es vielmehr, wenn man einen Wertdeklarationszwang wie im englischen Recht [1]) einführen wollte; die Vergütung würde dann nach den Werten von vornherein gestaffelt werden und der Versender hätte eine klare Berechnungs-Grundlage. Bei der Vereinbarung von Fall zu Fall läuft er Gefahr, eine zu hohe Risiko-Vergütung zahlen zu müssen.

Diese Erwägungen machen allerdings die Regelung des § 51 c nicht bedeutungslos; aber sie sind eine weitere Begründung für den vom RG mit Recht eingenommenen strengen Standpunkt [2]).

---

§ 10.

Systematische Darstellung der subsidiären Freizeichnungsklauseln in den ADSp.

Bevor wir die einzelnen Bestimmungen der subsidiären Freizeichnungsklauseln [3]) des näheren untersuchen, ist eine kurze systematische Darstellung derselben geboten. Man kann zwischen Haftungsausschluß und Haftungshöchstgrenze unterscheiden; manche Bestimmungen beziehen sich auf die Erfüllung, manche auf das Erlöschen der Haftpflicht; zuletzt sind noch gewisse sonstige Haftungserleichterungen zu besprechen.

---

[1]) Vgl. Isaac S. 457.

[2]) Interessant ist es zu beobachten, welche Erfahrungen man in Frankreich mit dem doppelten Tarif gemacht hat. Die französischen Eisenbahnen gewährten bis zum Jahre 1905 einen ermässigten Tarif denen, welche die Haftungsbeschränkung bewilligten; die französischen Schiffahrtsgesellschaften boten zwei verschiedene Tarife an, einen, mit voller und einen, mit beschränkter Haftung. Die Verlader haben fast sämtlich den billigeren Tarif mit der beschränkten Haftung gewählt.— Diese Mitteilung macht Esmein, Les clauses de responsabilité S. 20, zitiert nach Isaac ZBH 28 S. 76 f.

Eine Verwertung dieser Erfahrung, etwa gegen den Standpunkt des RG, ist aber erst möglich, wenn man weiß, wie diese beschränkte Haftpflicht ausgesehen hat. Es ist sehr zweifelhaft, ob sie eine Freizeichnung von eigenem Verschulden und dem leitender Angestellter enthalten hat. Eine Nachprüfung ist mir nicht möglich gewesen.

[3]) Es ist schon oben angedeutet, daß die Anwendung der subsidiären Klauseln nach der Auffassung der ADSp nicht den Normalfall bildet. Sie haben also nicht mehr die gleiche Bedeutung wie in den AGB von 1924, wo sie allein maßgebend waren.

I.

Soweit der Sped. haftet, sind Höchstgrenzen aufgestellt. (§ 54 ADSp). Regelmäßig haftet er mit 1.50 RM. per kg brutto [1]), keinesfalls mit mehr als 1500 RM. für jeden Schadensfall. Diese Höchstgrenze ist gegenüber den ADSp 1927 (§ 57) bedeutend heraufgesetzt; dort haftete der Sped. mit 40 Pfg. per kg und niemals mit mehr als 600 RM. Jetzt ist die Gewähr gegeben, daß wenigstens für den Schaden an Massengütern ausreichender Ersatz geleistet wird, allerdings nur, sofern sie nicht die Menge von 1000 kg (1 Tonne) übersteigen. Dieser Grundsatz wird durch zwei Ausnahmen zugunsten des Versenders durchbrochen:

1. Für Schäden, die der Sped. auf Grund eines Lagervertrages zu vertreten hat, haftet er bis zu 5000 RM.

2. Für Schäden, die auf Unterschlagung oder Veruntreuung durch einen gesetzlichen Vertreter oder einen Arbeitnehmer des Sped. beruhen, haftet er bis zu 20 000 RM. je Schadensfall. Was unter einem Schadensfall zu verstehen ist, wird für diese Ausnahme besonders geregelt.

II.

Keine Höchstgrenze, aber eine Begrenzung der Haftung im Sinn eines teilweisen Ausschlusses findet sich in § 55 ADSp. Wenn bei einer zusammengesetzten Sache ein Sachteil oder bei zusammengehörigen Sachen eine Sache Schaden erleidet, wird dieser nur, sofern er das Einzelstück betrifft, ersetzt, also nicht die Wertminderung, die das Ganze erleidet, berücksichtigt.

III.

Ein Haftungsausschluß findet sich ausgesprochen für Schäden

1. an Wertsachen (das sind alle Güter, deren Wert mehr als RM. 20.— für das kg brutto beträgt), sowie an Geld, Urkunden und Wertzeichen, sofern der Auftraggeber eine schriftliche Wertangabe nicht rechtzeitig dem Sped. hat zukommen lassen, und der Schaden bei Erfolg der Wertangabe nicht entstanden wäre, was vermutet wird. Dabei ist der Einwand un-

[1]) Nach dem Wortlaut gilt das nur für das vollendete, nicht für das angefangene Kilogramm, also anders wie bei der Post. A. M. LG Königsberg 9. 4. 29, SSZ 1929 S. 413, aber für § 57 ADSp 27, wonach als Einheit 100 kg festgesetzt waren. Hier galt mit Recht die Gewichtsgrenze für alle angefangenen 100 kg. Ein Gegensatz der Ansichten besteht daher nicht.

zulässig, der Sped. hätte von dem Wert des Gutes auf andere Weise Kenntnis gehabt oder haben müssen. § 56 ADSp.

2. infolge bestimmter Gefahren, wie mangelhafte Verpakkung, Aufbewahren im Freien, schwerer Diebstahl, Raub, höhere Gewalt. §§ 57, 58 ADSp.

3. einer ganz bestimmten Art, nämlich innerlicher Schäden, d. h. solcher, die spätestens bei der Ablieferung nicht in äußere Erscheinung getreten sind. Die Beweislast trägt der Sped. § 59 ADSp.

IV.

Für die Erfüllung der Haftpflicht sind besondere Regeln aufgestellt:

1. Es ist eine besondere Beweislastregelung gegeben. § 51 a Satz 2 ADSp.

2. Gewisse Personen, die nach dem Gesetz Erfüllungsgehilfen sind, gelten nicht als solche, z. B. ein Lagerhalter, ein Unterspediteur. § 52 a ADSp.

3. Wenn bei diesen Personen und überhaupt bei Dritten, die an der Ausführung des Auftrags beteiligt sind, ohne daß sie deshalb Erfüllungsgehilfen zu sein brauchen, ein Schaden entsteht, so haftet der Sped. gemäß § 408 Abs. 1 HGB, wenn ihm ein Verschulden zur Last fällt. Trifft ihn kein Verschulden, erlangt er aber gegen den Dritten einen Ersatzanspruch, dann kann der Versender nach § 281 BGB Abtretung desselben verlangen.

Das gleiche wird in § 52 ADSp bestimmt. Von der gesetzlichen Regelung wird für diese Bestimmung nur insofern abgewichen, als für die erwähnte Haftung des Sped. die zu 2 genannte Einschränkung und andere Klauseln, z. B. die Höchstgrenzenklausel, gelten.

4. Der Sammelladungsspediteur haftet ebenfalls nach Maßgabe der ADSp. § 52 c. Ebenso dann, wenn er die Beförderung des Gutes selbst ausführt. Nicht ist gesagt, daß er nur als Sped. haftet (so die früheren AGB, ferner § 55 c ADSp 27). Was das bedeuten soll, wird später untersucht.

5. Für die Erfüllungspflicht des Sped. gilt § 255 BGB. Diese Vorschrift wird in § 61 ADSp auch auf solche Fälle ausgedehnt, wo die Sache nicht verloren ist. Der Sped. kann hier Uebereignung des Gutes verlangen. Voraussetzung dafür ist,

daß der vom Sped. zu zahlende Schadensbetrag den vollen Wert des Gutes erreicht [3]).

6. Gegenstand der Haftpflicht ist der Ersatz des Schadens. Der Begriff Schaden soll im weitesten Sinn gefaßt werden. § 62 ADSp. Zweifelhaft bleibt aber, an welchem Objekt der Schaden eingetreten sein soll. Sofern es sich um Schäden an Speditionsgut handelt, fällt er sicher unter die ADSp. Anders ist es m. E. mit sonstigen Schäden, die mit dem Speditionsgut und dem Speditionsvertrag in keinem Zusammenhang stehen, d. s. Beschädigungen anderer Gegenstände als des Speditionsguts, z. B. der Wände, Treppen, Flurfenster usw. [1]). Es hätte ihrer Erwähnung so gut wie etwa in den „Allgemeinen Umzugsbedingungen des deutschen Möbeltransports" bedurft, falls sie unter die ADSp fallen sollten; das ist nicht geschehen [2]) [3]).

7. Dann noch die wichtige Bestimmung des § 63 a ADSp, wonach der Einwand, es liege unerlaubte Handlung vor, unzulässig ist, falls sich der Sped. auf die ADSp beruft. Ferner ist der Versender verpflichtet, den Sped. von Ansprüchen Dritter gegen den Sped. wegen unerlaubter Handlung zu befreien.

8. Eine Verjährungs-Vorschrift ist in § 64 ADSp gegeben. Gegenüber den ADSp 27 ist hier eine Verbesserung der Lage des Versenders festzustellen [3]).

9. Eine Bestimmung über Erfüllungsort und Gerichtsstand gibt § 65 ADSp [3]).

V.

1. Das Ende der Haftung tritt ein für angerollte Güter, sobald sie dem Empfänger vor seinem Grundstück zur Abnahme bereitgestellt und abgenommen sind. § 53 a ADSp.

2. Die Haftung erlischt bei Versäumung der Anmeldung des Schadens, die unverzüglich zu erfolgen hat. § 60 ADSp.

---

[1]) Z. B. der Kutscher beschädigt beim Ein- und Ausfahren das Haus des Auftraggebers oder das Haus eines Dritten, dem der Auftraggeber zum Ersatz verpfichtet ist, z. B. des Vermieters.

[2]) Dagegen ist durch § 62 ADSp klargestellt, daß zwischen Sachschaden und sonstigem Vermögensschaden in der rechtlichen Behandlung im Gegensatz zur gesetzlichen Regelung nicht unterschieden werden soll, vgl. § 407 und § 408 HGB.

[3]) Diese Bestimmungen werden in § 11 nicht näher untersucht. (Für die Verjährung vgl. KG 4. 2. 28., JW 1928 S. 1754. Gegen das KG Senckpiehl eod.) M. E. bestehen gegen diese Bestimmungen keine Bedenken.

VI.

Sonstige Haftungserleichterungen hat sich der Sped. dadurch geschaffen, daß er den ihm nach dem Gesetz obliegenden Pflichtenkreis verringert hat. Wenn seine Pflicht wegfällt, fällt auch seine Haftung weg. Beispiele sind: §§ 7b, c, d; 10b; 17; 19; 26; 43c Satz 2, 48 B b, C b; 50a Satz 2.

Eine andere, indirekte Art der Haftungsbeschränkung besteht darin, daß dem Auftraggeber eine besondere, nach dem Gesetz ihm nicht zukommende Verpflichtung oder Haftung auferlegt wird, z. B. in §§ 5b, 7a, 31 ADSp. In allen diesen Bestimmungen sind Fälle geregelt, die so gelagert sind, daß sie nach dem Gesetz zu einer Haftung des Sped. zwar nicht immer und notwendig führen müssen, aber doch u. U. führen können. Dadurch, daß der Sped. aber in diesen Fällen dem Auftraggeber eine Pflicht aufbürdet, befreit er sich selbst von einer evtl. entstehenden Pflicht und Haftung.

Keine Haftungsbeschränkungen sind natürlich die besonderen Rechte des Sped., auch wenn sie über das Gesetz hinausgehen, z. B. §§ 5c, 6, 10c, 18, 27, 28, 29, 33, 47b, 50 ADSp[1]).

Diese Unterscheidungen spielen eine Rolle vor allem für die Frage, ob die Versicherungsgesellschaften sich darauf berufen können (vgl. § 3 Ziff. 1 SVS).

VII.

Gewisse Bestimmungen der ADSp 27 sind beseitigt worden, insbesondere die Bestimmung über Verzögerungsschäden (§ 59) und solche Schäden, die nicht Sachschäden sind, sog. sonstige Vermögensschäden (§ 60). Sie waren dem Versender sehr ungünstig. Eine Untersuchung ist jetzt aber nicht mehr nötig.

[1]) Darauf ist im Rahmen dieser Arbeit nicht näher einzugehen.

§ 9.

Die rechtliche Anerkennung und Auslegung der subsidiären Freizeichnungsklauseln.

Auf Grund der systematischen Darstellung sollen die subsidiären Freizeichnungsklauseln auf ihre rechtliche Anerkennung und Auslegung untersucht werden.

I.

Die Höchstgrenzenklausel (§ 54 ADSp) ist insoweit gültig, als sie eine Freizeichnung von Verschulden der Erfüllungsgehilfen, die nicht leitende Angestellte sind, enthält. Es fragt sich, ob sie auch im übrigen gültig ist.

1. Das ist für die Freizeichnung von der Haftung für Vorsatz zu verneinen. Nach § 276 BGB kann eine solche Haftung nicht im voraus ausgeschlossen werden, weder ganz noch teilweise. Insoweit ist eine Freizeichnung auch nicht beabsichtigt.

2. Die Haftungsbeschränkung für eigene Fahrlässigkeit und Verschulden der leitenden Angestellten ist als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig, wenn ein Monopol dazu mißbraucht wird, um dem Verkehr unverhältnismäßige Opfer aufzuerlegen. Ein solcher Mißbrauch kann nicht mit dem Hinweis auf die Versicherungsmöglichkeit oder Risikosondervergütung bestritten werden, wie wir gesehen haben. Wohl aber wird in der Regel ein Mißbrauch des Monopols als solcher zu verneinen sein. Die Haftungsbeschränkung darf nicht mit der völligen Freizeichnung in einen Topf geworfen werden. Sie geht nicht nur von dem einseitigen Interesse des Transportunternehmers aus, sondern von einem Bedürfnis des Verkehrs, nämlich nach einer typischen, schematischen Erledigung der Schadensfälle. Von diesem Gesichtspunkt aus ist eine Haftungsbeschränkung auch für eigene Fahrlässigkeit und Verschulden leitender Angestellter gültig, sofern sie nicht im Einzelfalle nur zu einem unverhältnismäßig geringen Ersatz des Schadens führen würde (vgl. RG JW 1927 S. 1588).

Fraglich ist also nur, ob die Höchstgrenze des § 54 a Ziff. 3 *) ein untragbares Minimum darstellt. Diese Frage muß

*) § 54 a Ziff. 1 und 2 soll hier nicht näher untersucht werden. Gegen die Regelung, wie sie dort getroffen ist, ist nichts einzuwenden.

in der Regel verneint werden, weil ein angemessener Ersatz jedenfalls für Schäden an Massengütern, mit denen es der Verkehr hauptsächlich zu tun hat, gewährleistet ist.

Im Einzelfall kann die Haftungsbeschränkung die Ausbeutung eines Monopols darstellen. Z. B. kann für wertvolle Güter die Höchstgrenze ein unbeachtliches Minimum darstellen; jedoch ist dabei zu berücksichtigen, daß hier in der Regel § 56 ADSp Platz greifen wird. Ebenso kann die Höchstgrenze von RM. 1500.— (im Gegensatz zu der Grenze von RM. 1.50 per kg) für den spez. Schadensfall ein lächerliches Minimum bedeuten. Wir haben gesehen, diese Grenze genügt nur bei einer Versendung bis zu einer Tonne[1]).

Das Ergebnis ist daher: man kann nicht von vornherein sagen, daß die Klausel nichtig ist. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied von früheren GB; die Regelung z. B. in den AGB 1924 und in den ADSp 1927 war von vornherein ungenügend.

3. Soweit die Klausel im übrigen eine teilweise Freizeichnung enthält, ist sie gültig.

II.

Die Gültigkeit der Bestimmung des § 55 ADSp ist unzweifelhaft. Sofern der Schaden auf Vorsatz des Sped. beruht, kann die Haftung nicht, auch nicht teilweise[2]), im voraus ausgeschlossen werden. Ein solcher Haftungsausschluß ist indessen nicht beabsichtigt. Die Freizeichnung von eigener Fahrlässigkeit und Verschulden leitender Angestellten berührt die Gültigkeit der Klausel nicht; denn es handelt sich nicht um den Mißbrauch eines Monopols, vielmehr ist die ratio, die zu der Aufstellung der Klausel geführt hat, zu billigen: das ist das Bestreben, einfache, objektive Kriterien für die Schadensberechnung aufzustellen. Das wirkt sich zwar auf Kosten der Versender aus, wird aber zweifellos nie zu einer Unbilligkeit führen, weil im Fall der Versendung hochwertiger, kompliziert gearbeiteter, nicht typischer Güter eine Sondervereinbarung zwischen Versender und Sped. getroffen werden muß und es Sache des Versenders ist, eine solche herbeizuführen, da er allein den Wert des Gutes richtig kennt.

[1]) Vgl. RG 19. 3. 27 VR 1927, 417.

[2]) Ueber die Frage des teilweisen Haftungausschlußes bei Vorsatz schweigen die Kommentare (von Planck, der Reichsgerichtsräte, von Staudinger) und ebenso Lehrbuch von Enneccerus.

III.

1. Der bedingte Haftungsausschluß für Wertsachen entspringt, wie allgemein anerkannt wird (z. B. von Gierke in ZBH 1926 S. 328 und von Reuver ZBH 1928 S. 74), einem Bedürfnis der Verkehrsunternehmer. Isaac weist mit Recht darauf hin, daß hier geschichtlich die Haftungseinschränkung begonnen hat, so in der englischen Carriers Act 1830[1]).

Eine beschränkte Haftung für Wertsachen finden wir im deutschen Recht in §§ 429 Abs. 2, 456 Abs. 2 HGB, § 467 HGB i. V. m. § 54 II B 1 EVO, § 607 HGB,§ 58 Abs. 3 Binnen-Schiffahrtsgesetz. Hier ist die Haftung überall davon abhängig gemacht, daß der Transportunternehmer auf den Wert des Gutes aufmerksam gemacht wird. Das bedeutet übrigens nur einen weiteren Ausbau des in § 254 BGB enthaltenen Gedankens.

Für den Sped. ist weder im deutschen Recht noch im ausländischen Recht eine Regelung betr. Haftung für Kostbarkeiten getroffen; für das deutsche Recht jedenfalls scheint der Gegensatz zum Frachtführer beabsichtigt. Der Gesetzgeber wollte die gewöhnliche Haftung des Sped. auch für Kostbarkeiten, offenbar von dem Gedanken ausgehend, sein Risiko sei geringer als das des Frachtführers. Das ist aber nicht richtig. Aus dem Umstand, daß der Wert des Versandguts unbekannt bleibt, er-

[1]) Außerdem gilt für das englische Recht noch das Gesetz vom 5. 7. 1865. Der englische Landfrachtführer haftet nicht für bestimmte Wertgüter, insbesondere Kostbarkeiten, wenn der Wert des betreffenden Packstücks mehr als 10 engl. Pfund beträgt und diese Güter in einer Umhüllung aufgeliefert werden, daß der Frachtführer ihren Wert nicht zu erkennen vermag. Bei Vorsatz haftet er immer, auch bei Vorsatz seiner Leute oder des Zwischenfrachtführers. Der Versender kann die volle Haftung durch Wertdeklaration und Zahlung einer höheren Gebühr herbeiführen. Die höheren Frachtsätze für Wertgüter muß der Frachtführer bekannt geben.

Nach niederländischem Recht (§ 96 Abs. 3 und 4 des niederländischen HGB) muß der Absender den Wert der Kostbarkeit angeben. Versäumt er die Angabe, so wird er nur zu dem Beweis des Werts nach dem äußeren Anschein der Sendung zugelassen, wenn das Gut verloren oder beschädigt wird. Gibt er den Wert an, so ist der deklarierte Wert nicht etwa für die Höhe der Schadensersatzsumme maßgebend, diese wird vom Richter nach freiem Ermessen festgesetzt.

Im italienischen Recht haftet der Frachtführer nicht für die nicht deklarierten Kostbarkeiten.

Der österreichische Frachtführer haftet nur, wenn ihm die Beschaffenheit oder der Wert der Kostbarkeit angegeben ist.

Vgl. dazu Senckpiehl, Haftung usw. S. 143 ff.

geben sich für jeden, für Frachtführer und Sped. die gleichen Gefahren. Die Schaffung eines Kostbarkeits-Paragraphen ist daher unbedingt gerechtfertigt[1]).

§ 56 ADSp bringt eine solche Bestimmung für den Sped., gleichgültig ob er als solcher, als Frachtführer, als Lagerhalter, als Kommissionär haftet. § 56 schließt sich aber nicht der gesetzlichen Regelung an. Er gebraucht den Ausdruck „Kostbarkeiten" und „Kunstgegenstände" gar nicht, sondern geht aus von Gütern, deren Wert mehr als RM. 20.— für das kg brutto beträgt und stellt ihnen Geld, Wertzeichen und Urkunden gleich. Eine ähnliche Regelung finden wir in den allg. Umzugsbedingungen des deutschen Möbeltransports § 1 f, wo zwar von Kostbarkeiten die Rede ist, diese aber als Gegenstände definiert werden, deren 1 kg den Wert von RM. 150.— übersteigt[2]).

Die Regelung des § 56 ADSp ist bedenklich[3]). Für das Frachtrecht, hauptsächlich das Eisenbahn-Frachtrecht, ist

---

[1]) Gl. A. Reuver ZBH 28 S. 74. Er spricht von Lücke im Gesetz, was wohl nicht berechtigt ist.

[2]) Im engl. Recht wird auf den Wert des Packstücks (s. o.), nicht auf das Gewicht abgestellt.

[3]) Die Berliner Handelsgebräuche im Verkehr mit den Sped. im Bezirk der Handelskammer zu Berlin 1921/24 bestimmen in § 35 wie in § 56 ADSp den Haftungsausschluß des Sped. bei dem Mangel einer Wertangabe für Sachen, deren Wert mehr als GM. 20.— für das kg. beträgt; ebenso daß der Einwand unzulässig sei, der Sped. hätte von dem Wert des Guts auf andere Weise Kenntnis gehabt oder haben müssen.

Dazu bemerkt ein Gutachten der Handelskammer vom 1. 4. 19 (abgedruckt bei Isaac S. 482):

„Mit dieser Bestimmung (gemeint ist § 3 der Handelsgebräuche von 1917, der dem § 35 der jetzigen Handelsgebräuche entspricht) soll keineswegs etwa der Begriff „Kostbarkeiten" erläutert werden."

Das Gutachten fährt aber merkwürdiger Weise fort:

„Die Bestimmung soll eine weitere Einschränkung der Haftpflicht des Sped. in Anlehnung an den § 429 HGB (also den Kostbarkeits-Paragraphen!) darstellen, der eine begrenzte Haftung vorsieht für Verluste und Beschädigung von Kostbarkeiten" usw.

Es fragt sich, ob dieses Gutachten und die Handelsgebräuche nicht von dem Gedanken getragen sind, daß bei der Unsicherheit der Verhältnisse eine Haftungseinschränkung am Platze sei. Es ist auch sonderbar, daß in den Handelsgebräuchen § 35 der Einwand unzulässig ist, der Schaden sei auf andere Umstände als auf die Unterlassung der Wertangabe zurückzuführen usw., während nach den ADSp 1929 (im Gegensatz zu ADSp 27) dieser Einwand zugelassen wird, obwohl z. B. Isaac S. 486 (für die ADSp 1927) schreibt, durch die Zulassung dieses Einwands würde die praktische Bedeutung des Deklarierungszwangs paralysiert.

der Begriff „Kostbarkeit“ [1]) vom RG in ständiger Praxis [2]) festgelegt worden und zwar als Gegenstände, die nach Gewicht und Umfang im Vergleich zu sonstigen Gütern von annähernd gleichem Umfang und Gewicht besonders wertvoll sind. Im 116. Band S. 115 macht das RG die Einschränkung, bei der Schätzung müsse mit beachtet werden, ob das Gut nach der Verkehrsanschauung als hochwertig angesehen werde. Das RG begründet seine Ansicht damit, daß die Eisenbahn wegen ihrer weitgehenden Haftung in der Lage sein müsse, die erforderlichen Sicherheitsmaßregeln zur Verminderung ungewöhnlich hoher Schadensersatzansprüche zu treffen.

Das RG nimmt ferner an, der Kostbarkeitsbegriff sei in der zwingenden Vorschrift des § 462 HGB (i. V. m. § 471 HGB) enthalten, könne also nicht durch eine Tarifbestimmung abgeändert werden. Eine solche, nämlich eine Ausführungsbestimmung von 1919, die alle Gegenstände für Kostbarkeiten erklärte, bei denen der Wert für 1 kg der Ware Mk. 150.— übersteigt, hat das RG für nichtig erklärt (Bd. 101 S. 84).

Daraus kann man zwar m. E. nicht, wie Gierke ZBH 1926, S. 328, den Schluß ziehen, daß eine vertragliche Festsetzung des Kostbarkeitsbegriffs für den Landfrachtführer ausge-

---

Wie kommen die Sped. dazu, solche ihnen günstige Handelsgebräuche aufzugeben?: Sollten sich diese Handelsgebräuche auf der Seite der Versender etwa doch noch nicht durchgesetzt haben? Merkwürdig ist endlich auch der offensichtliche Widerspruch zwischen den beiden Sätzen des Gutachtens, wie schon angedeutet.

Aber sei dem, wie dem wolle, wenn wirklich ein Handelsgebrauch vorliegt und das von der berufenen Stelle bestätigt wird, so ist dagegen grundsätzlich nicht anzukämpfen [vgl. Isaac S. 81. Vergl. jedoch auch O. Schreiber, Handelsbräuche 1922, der sich speziell gegen das „Berliner Verfahren“ wendet (S. 31 ff. u. 43 ff.) und, ferner das Gutachten einer Handelskammer nicht als Sachverst.-Beweis über Handelsbräuche ansieht (S. 9 1 f.)], sofern nicht eine zwingende Gesetzesvorschrift verletzt wird. (A. M. Staub § 346, wo die Ansicht vertreten wird, das auch dispositive Normen durch Handelsbrauch nicht abgeändert werden können. Dagegen Isaac S. 79).

Jedoch wird eine Untersuchung des § 56 ADSp durch dieses Ergebnis nicht überflüssig, denn der besagte Handelsgebrauch gilt nur für den Bezirk der Handelskammer Berlin; ob in anderen Bezirken gleiche Gebräuche gelten, entzieht sich meiner Kenntnis. Stuttgart hat nach einer Mitteilung der Handelskammer gar keine Handelsgebräuche für Sped. aufgestellt.

[1]) Die Definition des RG wird angegriffen von Senckpiehl, Kostbarkeiten 1922 S. 27 ff.

[2]) RG 75 S. 190; 102 S. 257; 104 S. 97; 116 S. 115.

schlossen sei; § 471 HGB, der auch von Verträgen spricht, gilt nur für den Eisenbahnfrachtführer; für den Landfrachtführer und für den Sped. gilt Vertragsfreiheit; aber deswegen ist der Gedanke des RG doch nicht ohne weiteres unbeachtlich. Von ihm ist als Maßstab in zwei Fällen auszugehen:

a) Wenn ein Monopol vorliegt (ähnlich wie bei der Eisenbahn), ist für die Frage der Ausbeutung der reichsgerichtliche Begriff als der Billigkeit entsprechend zugrunde zu legen.

b) Wenn in GB eine starke Abweichung vom reichsgerichtlichen Begriff stattfindet, so muß das als eine singuläre Bestimmung angesehen werden, bei der eine freiwillige Unterwerfung des Versenders nicht zu erwarten ist.

Eine Abweichung vom Begriff des RG liegt nach zwei Richtungen vor.

Einmal ist in der Definition des § 56 ADSp nicht auf den Umfang des Versandgutes, sondern nur auf das Gewicht abgestellt. Die Nichtberücksichtigung des Umfangs führt dazu, daß mehr Güter unter den Begriff „Kostbarkeiten" subsumiert werden müssen, führt also zu einer gewissen Unbilligkeit gegenüber dem Versender, dessen Obliegenheiten dadurch beträchtlich vermehrt werden.

Es ist ferner zwar sicher angängig, für die Grenze, die das Hoch- vor dem Minderwertigen scheidet, eine feste Summe anzusetzen. Damit ist eine typische Berechnungsgrundlage geschaffen, nach der ein Bedürfnis besteht. Aber man sollte doch erwarten, daß diese Grenze in Uebereinstimmung mit der Billigkeit und den Anschauungen des Verkehrs festgesetzt wird. Offenbar ist man von dem Gegensatz zwischen § 56 und § 54 ADSp ausgegangen; dieser setzt Mk. 20.— für das kg an, jener Mk. 1.50, also verhältnismäßig ein bedeutender Wertunterschied. Man kann aber doch nicht von der Haftungsbeschränkung, sondern muß von dem durchschnittlichen Wert eines typischen minderwertigen Gutes ausgehen, wenn man schon den genannten Gegensatz zugrunde legen will.

Daß die Grenze von RM. 20.— zu niedrig ist, bedarf keiner Begründung. Man vergleiche bloß § 1 f in den allg. Umzugsbedingungen des deutschen Möbeltransports. Ebenso ist im engl. Recht die Grenze um ein Vielfaches höher, die dort aufgezählten Gegenstände sind durchweg von geringem Gewicht, z. B. Geld, Uhren, Wertpapiere, Schriften, Glas- und Porzellan, handgefertigte Spitzen, Kostbarkeiten und Kunstgegenstände.

Allerdings könnte man einwenden, daß in § 56 von Kostbarkeiten gar nicht die Rede ist (s. Gutachten S. 84 Anm. 1); eine Definition derselben Höhe hätte gar nicht stattgefunden. Aber dann ist die Regelung des § 56 von vornherein nicht gerechtfertigt; nur nach einem wirklichen Kostbarkeits-Paragraphen besteht ein Bedürfnis, denn nur hier kann die Haftung einen weitgehenden Umfang annehmen.

Aus den seitherigen Ausführungen ergibt sich, daß die Definition der Kostbarkeit nicht wirksam ist, die Ummodlung des landläufigen Kostbarkeitsbegriffes ist eine singuläre Bestimmung, die Ausnützung einer Monopolstellung [1]).

Indessen erhebt sich die Frage, ob die Bestimmung im Sinn der reichsgerichtlichen Definition aufrecht zu erhalten ist. Das ist zu verneinen, da der Wille der Spediteurseite sehr scharf formuliert ist und zwar in offenbarem Gegensatz zu der Definition des RG.

Die Ungültigerklärung bedeutet den Wegfall einer Voraussetzung, die gegeben sein muß, damit die Haftung des Sped. ausgeschlossen ist. Wenn also der Auftraggeber seiner Last, dem Sped. rechtzeitig eine schriftliche Wertangabe zugehen zu lassen, nicht nachgekommen ist, so hat das für ihn keine nachteiligen Folgen. Der Sped. haftet ihm, auch wenn es sich um Güter, deren Wert mehr als RM. 20.— für das kg beträgt, handelt, ja sogar wenn Kostbarkeiten im Sinn der Ansicht des RG dem Sped. übergeben werden.

§ 56 a ADSp hat demnach nur Bestand, wenn die dort weiter aufgezählten Güter, nämlich Geld, Urkunden und Wertzeichen in Betracht kommen.

Für vorsätzliche Schadenszufügung haftet der Sped. stets. Für eigene Fahrlässigkeit und Verschulden seiner Leute dagegen muß er nicht einstehen, wenn der Auftraggeber die Wertangabe bei Geld usw. versäumt [2]).

B) § 56 b ADSp schließt die Haftung des Sped. auch im Falle der schriftlichen Wertangabe aus, sofern diese nicht an ihn selber oder an einen bevollmächtigten kaufmännischen Angestellten gelangt ist. Die Uebergabe der Mitteilungen an den Kutscher und

[1]) So Gierke a. a. O. für die allg. Umzugsbedingungen des deutschen Möbeltransports. A. M. LG I Berlin 18. 1. 29 für den entsprechenden § 62 ADSp 27. Begründet wird diese Ansicht mit der Feststellung durch die Spitzenverbände. Dagegen s. o. in § 5.

[2]) Ueber die Frage des Verhältnisses zur Deliktshaftung vgl. unten § 12. Vgl. auch Gierke Handels- und Schiffahrtsrecht S. 637.

sonstige gewerbliche Angestellte genügt nicht. Wenn nichts bestimmt wäre, so würde nach § 130 Abs. 1 BGB die verkörperte Erklärung dem Sped. auch im Fall der Uebergabe an den Kutscher zugegangen sein, was besonders für den Fall der Rechtzeitigkeit wichtig ist. Das wird durch § 56 b ADSp ausgeschlossen: Der Kutscher gilt als Bote des Versenders, jedenfalls nicht als Empfangsbote des Sped. Diese Bestimmung ist gültig, denn nur der Sped. oder sein leitender Angestellter ist in der Lage, wie es in § 56 a heißt, sich über Annahme oder Ablehnung des Auftrags usw. schlüssig zu machen. Nur ist nicht einzusehen, weshalb ein gewerblicher leitender Angestellter im Gegensatz zum kaufmännischen von der Empfangnahme ausgeschlossen sein soll und ferner, weshalb eine Ermächtigung auch leitender kaufmännischer Angestellter notwendig sein soll. Diese Ermächtigung ist schon in der leitenden Stellung zu finden. Das wird man auch für gewerbliche leitende Angestellte, z. B. den Leiter des Rollfuhrparks, annehmen müssen. Nur sofern es sich um einen nicht leitenden Angestellten handelt, ist die Ermächtigung nicht ohne weiteres anzunehmen.

C) Nach § 56 c ADSp ist der Einwand unzulässig, der Sped. hätte von dem Wert des Gutes auf andere Weise Kenntnis gehabt oder haben müssen. Soweit es sich um ein Kennenmüssen handelt, ist die Bestimmung gerechtfertigt. Wenn dem Sped. aber die Kenntnis nachgewiesen wird, muß er auch haften; denn seine Unkenntnis ist der alleinige Grund für seinen Haftungsausschluß. Notwendig ist natürlich die Kenntnis zu einer solchen Zeit, daß er in der Lage war, das Erforderliche zu tun.

Dieses Bedenken wurde schon in der Sitzung des Verkehrsausschusses des deutschen Industrie- und Handelstags vom 31. 5. 27 von Dr. Soetbeer erhoben [1]).

Interessant ist es übrigens, daß eine ganz analoge Bestimmung in § 31 b Satz 3 ADSp 27 in dem entsprechenden § 30 ADSp 1929 nicht mehr wiederkehrt, eine Bestimmung, die auch von dem genannten Dr. Soetbeer gerügt worden war. Hier hat man also die Unhaltbarkeit eingesehen, warum nicht auch für den Fall des § 56 c?

Dazu kommt als weiterer Grund, daß in § 56 d ADSp dem Auftraggeber der Beweis offen gelassen wird [2]), daß der Schaden auf andere Umstände als auf die Unterlassung der Wertangabe

[1]) Vgl. Verhandlungen 1927 Heft 6 S. 17.
[2]) In den ADSp 27 war noch das Gegenteil bestimmt.

zurückzuführen ist oder auch bei erfolgter Wertangabe entstanden wäre. Bei erfolgter Wertangabe hätte der Sped. rechtzeitige Kenntnis gehabt; auch bei dieser rechtzeitigen Kenntnis wäre der Schaden entstanden; warum soll dann auch nicht die rechtzeitige Kenntnis direkt bewiesen werden können?

Die Beweislast dafür, daß der Wert nicht angegeben wurde, trägt auf alle Fälle der Sped. Hieran wird durch § 56 d nichts geändert.

D) Wenn die schriftliche Wertangabe dem Sped. rechtzeitig zugegangen ist, und er also alle erforderlichen Maßregeln treffen konnte, dann sollte man seine volle oder wenigstens angemessene, der Wertangabe entsprechende Haftung erwarten. Statt dessen bestimmt § 56 e ADSp, daß die übrigen Bestimmungen der ADSp, soweit sie die Haftung beschränken, unberührt bleiben. Darnach gilt § 54: der Sped. haftet mit Mk. 1.50 per kg. Man sollte wenigstens erwarten, daß die angegebene Kostbarkeitsgrenze von RM. 20.— auch die Haftungsgrenze sein soll. Wenn die Haftung generell weitgehend beschränkt wird und die Grenze für minderwertige Güter zu billigen ist, dann muß man doch für hochwertige Güter eine andere Haftungsgrenze bestimmen, wenn die Haftung sowieso schon bloß bedingt eintritt. Gewiß ist es zulässig, auch bei der Haftung für Kostbarkeiten einen Höchstbetrag festzusetzen [1]), aber keinen solchen lächerlichen Betrag. Wenn irgend wo, dann ist hier die Ausbeutung eines Monopols gegeben. § 56 e ist für nichtig zu erachten (sofern auch wirklich ein Monopol vorliegt).

Daraus aber ergibt sich die Haftung des Sped. auf den vollen Betrag der Schadenssumme. Der Versender muß die Höhe seines Schadens nachweisen.

Hat er einen zu hohen Wert angegeben, so bekommt er nur den wirklichen Schaden ersetzt. Hat er einen zu niedrigen Wert angegeben, so bekommt er den Schaden nur in dieser Höhe ersetzt. Das ergibt sich aus § 254 BGB [2]). Bei Vorsatz des Sped. gilt eine selbstverständliche Ausnahme.

2. Ein Haftungsausschluß bei dem Eintritt eines Sachschadens infolge bestimmter Gefahren, wie z. B. Beraubung,

[1]) So RG 104 S. 6. Dagegen Senckpiehl, Haftung usw. S. 86.

[2]) Bei Teilverlust oder Beschädigung erfolgt eine entsprechende Minderung. — Etwas anders ist es im ital. Recht. Hier gilt die Wertangabe bei Kostbarkeiten als vertraglich absolute Festsetzung der Entschädigung, die bei Verlust oder Teilverlust geschuldet wird. Asquini, contratto di transporto, 1925, Torino, S. 399; zitiert nach Isaac S. 472.

findet sich im gesetzlichen Speditionsrecht nicht. Vielmehr gilt der Grundsatz der Haftung für Verschulden, wobei den Sped. die Entlastungspflicht trifft (§§ 407, 417, 390, 429 HGB). Der § 57 ADSp spricht zwar von einem Haftungsausschluß, der Verschuldensgrundsatz jedoch wird nicht eingeschränkt. Denn nach Ziff. 4 des § 57 ADSp wird der Haftungsausschluß nur durch ein Ereignis begründet, welches der Sped. nicht verschuldet hat. Daß das nicht bloß für Ziff. 4 gilt, sondern auch für die vorhergehenden Ziffern, ergibt sich aus dem Wort „sonstig", mit dem Bezug genommen wird[1]). Daraus ergibt sich aber weiter, daß der Sped. auch haftet, wenn ihm ein nur mitwirkendes Verschulden seiner selbst oder eines Erfüllungsgehilfen zur Last fällt — natürlich nach Maßgabe des § 254 BGB.

Eine andere Meinung vertritt Isaac[2]) für den Fall des mitwirkenden Verschuldens; hier hafte der Sped. nicht, sonst wäre der Zweck der Vorschrift vereitelt. Isaac führt als weiteren Grund den § 69 ADSp an; aber diese Begründung ist jedenfalls nicht mehr durchschlagend, nachdem § 69 in den ADSp 29 (vgl. § 63) sehr verkürzt wurde. Er hatte bestimmt, daß gegenüber der Berufung des Sped. auf einen Haftausschließungsgrund der Einwand unzulässig sei, es liege leichte oder grobe Fahrlässigkeit des Sped. oder Verschulden seiner Leute oder Erfüllungsgehilfen vor. Und was den Zweck der Vorschrift betrifft, den Isaac übrigens selbst nicht näher angibt, so wird auch dieser erreicht (s. u.).

Die Abweichungen, welche die §§ 57, 58 ADSp von der gesetzlichen Regelung bringen, bewegen sich nach zwei Richtungen:

a) Der Pflichtenkreis des Sped. wird verringert.

Die Verpackung[4]) gehört u. U. zur Sorge für die Güterversendung[3]). In der Regel zwar hat der Sped. nicht für die

---

[1]) Der Haftungsausschluß des § 57 bedeutet also im Hinblick auf die Verschuldenshaftung des Sped. keine Freizeichnung. Denn schon nach dem Gesetz haftet der Sped. nicht für Zufall. Anders ist es mit dem Vorbild des § 57 ADSp: d. i. § 459 HGB. Hier wird der Haftungsgrundsatz des § 456 HGB materiell eingeschränkt. Die Anlehnung an das Vorbild findet also nur statt im Hinblick auf die Aufstellung einer Beweisregel (s. u.).

[2]) Isaac S. 489.

[3]) Vgl. Staub § 407 Anm. 7, § 408 Anm. 10; RG 14. 6. 1882, Seuff. A. 38 S. 30. In dem Fall des RG wird vorausgesetzt, daß der Sped. eine Verpackungspflicht hat. Daß er sie generell hat, wird nicht gesagt.

[4]) Vgl. Isaac S. 491 ff.

Verpackung zu sorgen. Aber aus den Umständen kann sich das Gegenteil ergeben, z. B., wenn die Ware in dem Zustand, wie der Sped. sie erhält, offenbar nicht versandfähig ist. Die nach dem Gesetz u. U. bestehende Pflicht des Sped. wird durch Ziff. 1c ausgeschlossen. Von großer praktischer Bedeutung wird das nicht sein, denn das Verhalten des Sped. wird nach wie vor unter dem Gesichtspunkt des § 242 BGB zu prüfen sein (vgl. auch § 1 ADSp.).

b) Wenn eine der in § 57 genannten Gefahren vorliegt, haftet der Sped. nicht. Nach allgemeinen Sätzen wäre der Sped. nur befreit, wenn der Schaden aus der Gefahr entstanden ist. Der Sped. müßte also nicht bloß die Gefahr, sondern auch den Kausalzusammenhang nachweisen.

Von diesem Nachweis soll der Sped. befreit werden; das ergibt sich schon aus § 57 ADSp, z. B. heißt es: der Sped. wird frei, wenn ein Gut mangelhaft verpackt ist und dann ein Schaden eintritt. Indessen stellt § 58 die ausdrückliche „Vermutung" des Kausalzusammenhangs auf. Dadurch wird aber klar, daß der Haftungsausschluß des § 57 kein absoluter ist, sondern daß der Versender den Beweis erbringen kann, der Kausalzusammenhang bestehe nicht. Die „Vermutung" ist widerlegbar; der Ausdruck bedeutet, daß dem Versender die „Beweislast" für die Unmöglichkeit des Kausalzusammenhangs aufgebürdet wird[1]).

Der Zweck der Bestimmung kann auf dem Weg der juristischen Konstruktion, so wie sie anscheinend gedacht und gewollt ist, nicht erreicht werden.

Es soll eine Vermutung, durch welche die Beweislast umgedreht wird, geschaffen werden. Eine solche Tatsachen-Vermutung können aber die Parteien nicht schaffen, deswegen, weil diese ein Rechtsatz ist[2]). § 58 ADSp ist aber Vertragsinhalt. Die Parteien können überhaupt die Beweislast nicht vertragsmäßig regeln, denn diese Regelung würde einen nicht gestatteten Eingriff in die richterliche Subsumtionstätigkeit enthalten[3]). Die Verteilung der Beweislast ist ein prozeßrechtlicher Grundsatz. Die Parteien können nicht bestimmen, wie der Richter zu entscheiden habe, wenn ein Sachverhalt nicht

[1]) Daß eine richtige Vermutung vorliegt, ist die Ansicht von Isaac S. 488, 500. Vgl. auch Mitteilungen der Industrie- und Handelskammer zu Berlin 1913 Nr. 1, abgedruckt bei Isaac S. 488 a. E.

[2]) Stein ZPO § 292 I; Rosenberg Lehrb. S. 351.

[3]) Stein ZPO § 282 III., 3.

aufgeklärt wird. Sie können nur Rechtsbeziehungen, nicht (prozessualische) Tatsachen schaffen [1]).

Die Parteien können aber auch keine tatsächliche Vermutung schaffen. Denn die freie Beweiswürdigung des Richters ist der Parteidisposition entzogen [2]).

Wie es aber im Gesetz, z. B. im BGB häufig vorkommt, daß eine privatrechtliche Regelung in prozeßrechtliche Form gegossen wird (vgl. z. B. § 139 BGB), so kleiden die Parteien vielfach einen privatrechtlichen Vertrag in ein prozessuales Gewand [3]), und es fragt sich, ob das auch für die §§ 57, 58 ADSp geschehen ist.

Wir nehmen im folgenden das Beispiel der mangelhaften Verpackung; die Ausführungen dazu gelten aber auch für die übrigen Ziffern des § 57.

Der Versender soll nach § 57 gegen den Sped. keinen Schadensersatzanspruch haben, wenn er das Versandgut mangelhaft verpackt hat. Der Sped. soll also nur die Tatsache der mangelhaften Verpackung beweisen müssen, um frei zu sein. Aus § 58 ergibt sich für den Versender die Möglichkeit des Nachweises, daß der Schaden nicht infolge der mangelhaften Verpackung entstanden ist. Der Umstand der Unmöglichkeit der Entstehung des Schadens aus der mangelhaften Verpackung ist eine Tatsache [4]) (denn es ist ein Zustand der Außenwelt, daß ein Schaden nicht aus einer bestimmten Tatsache A, sondern aus einer andern Tatsache B entstanden ist) und zwar eine Repliktatsache, die der Befreiungstatsache entgegengehalten wird.

Durch die Parteivereinbarung wird also an die Tatsache der mangelhaften Verpackung die Befreiung des Sped., an die Tatsache der Unmöglichkeit des Kausalzusammenhangs seine Haftung geknüpft. An zwei verschiedene Tatsachen werden zwei verschiedene Rechtsbeziehungen geknüpft; die Parteien schaffen nur diese, nicht jene.

Es ergibt sich also, der Sped. muß die Befreiungstatsache beweisen, der Versender die Repliktatsache. Die Schadensersatzforderung ist, richtigerweise zivilistisch betrachtet, bedingt durch den Beweis der Repliktatsache von Seiten des Versenders [5]).

---

[1]) Kohler, Gruch. 31 S. 306.

[2]) RG 92 S. 57., Stein ZPO § 286 III 6. Kohler, a. a. O. S. 304.

[3]) Ueber die Gültigkeit eines solchen Vertrags vgl. Kammer-G. ROLG 3 S. 153 (Urteil vom 22./29. 4. 1901).

[4]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 308. A.

[5]) Vgl. auch Enneccerus Lehrbuch § 297 Anm. 20. Er sieht in einer Quittung ein bedingtes pactum de non petendo.

In dieser Auffassung allein hat § 57 m. E. Bestand. Das Ergebnis, zu dem wir gekommen sind, ist aber noch einem Angriff ausgesetzt, der sich aus der unglücklichen Fassung des § 58 ergibt. Er stellt eine Vermutung[1]) des Kausalzusammenhangs auf, wenn der Schaden den Umständen nach aus der mangelhaften Verpackung entstehen konnte.

Daraus ist zu schließen, daß der Sped. nur befreit sein soll, wenn der Zusammenhang mit der mangelhaften Verpackung (den Umständen nach) möglich ist. Die Entgegnung des Versenders lautet dahin, in dem gegebenen Fall sei die Möglichkeit des Kausalzusammenhangs ausgeschlossen. Der Beweis der Parteien bezieht sich also auf die gleiche Tatsache. Sie haben vereinbart, wie es Kohler[2]) ausdrückt, daß an der Stelle des Nachweises der Aktualität des Kausalkonnexes der Nachweis der allgemeinen Potentialität genügt, und daß derselbe solange genügt, als nicht die Unwirklichkeit des Zusammenhangs im einzelnen Fall dargetan wird. Also nicht Rechtsbeziehungen werden an verschiedene Tatsachen geknüpft, sondern die Beweisbehandlung ein und derselben Tatsache ist Gegenstand der Vereinbarung. Es liegt daher ein unwirksamer Beweisvertrag vor.

Der Gegensatz zwischen § 57 und § 58 ist offensichtlich. § 58 steht zweifellos im unmittelbarsten Zusammenhang mit § 57. Welche Auslegung soll daher gelten? Wird § 57 durch die Unwirksamkeit des § 58 berührt?

Der Zweck des § 58 ist, aus dem scheinbar absoluten Haftungsausschluß des § 57 einen relativen zu machen, d. h. ihn nach zwei Richtungen zu mildern: einmal wird der Beweis der Unmöglichkeit des Kausalzusammenhangs für den Versender zugelassen, zum andern soll die Gefahr, die mangelhafte Verpackung, nur dann einen Haftausschließungsgrund, eine Befreiungstatsache abgeben, wenn die Umstände den Kausalzusammenhang rechtfertigen.

Wenn diese zweite Milderung nicht bestimmt, sondern lediglich die mangelhafte Verpackung als Befreiungstatsache aufgestellt worden wäre, so wäre in die Subsumtionstätigkeit des Richters kein Eingriff erfolgt und § 57 zweifellos zulässig. Daraus aber ergibt sich auch die Zulässigkeit des § 57, so wie die Sache in den ADSp liegt. Wenn der Sped. dem Auftraggeber

[1]) Ueber den Ausdruck „Vermutung" s. o.
[2]) A. a. O. S. 309.

eine vorteilhaftere Position verschaffen wollte, als es nach Prozeßgrundsätzen möglich ist, so darf ihm dieser Umstand nicht zum Verhängnis werden[1]). Die fragliche Fassung des § 58 ist zwar als unzulässig zu betrachten; diese Unzulässigkeit kann aber vernünftigerweise hier nicht weitere Kreise ziehen.

Die obengenannte erste Milderung, der Nachweis der Unmöglichkeit des Kausalzusammenhangs, bleibt bestehen. § 58 ist so auszulegen, als ob er heißen würde: War das Gut mangelhaft verpackt, so wird „vermutet", daß der Schaden aus der mangelhaften Verpackung entstanden sei; oder in richtig gestellter Fassung: War das Gut mangelhaft verpackt, so wird der Sped. frei, sofern nicht der Zusammenhang zwischen Verpackung und Schaden unmöglich ist.

Die Zulässigkeit einer solchen Auslegung ergibt sich aus § 140 BGB.

Kann der Versender auch den Beweis führen, daß der Sped. seine Sorgfaltspflicht verletzt hat, ihn also ein Verschulden trifft? Die Frage ist zu bejahen. Es ist zu unterscheiden:

Beweist der Versender, es handle sich um keine Gefahr im Sinn des § 57 (also um ein mögliches Verschulden des Sped. bei einer Tatsache im Sinn des § 57), so ist das Gegenbeweis. Denn für die genannte Tatsache trifft den Sped. die Beweislast. Der Versender braucht also nur die Ueberzeugung des Richters, daß die Tatsache gegeben sei, zu erschüttern, nicht zu begründen, daß die Tatsache nicht gegeben sei. Ferner kann der Versender über die genannte Tatsache dem Sped. nicht den Eid zuschieben[2]).

Beweist der Versender, den Sped. treffe bei der Entstehung des Schadens aus einer andern als der in § 57 genannten Tatsache ein Verschulden, so ist das ebenfalls Gegenbeweis. Denn der Versender muß nach der Vereinbarung nur den Nichtkausalzusammenhang beweisen; hat er das getan, so trifft den Sped. die Entlastungspflicht (§ 51 a ADSp).

Aus unseren Ausführungen geht hervor, daß es hier unnötig ist, die Frage zu stellen, ob ein Monopolmißbrauch vorliege. Der Verschuldensgrundsatz wird nicht beeinträchtigt; nur

[1]) Die Vermutung liegt nahe, daß die Fassung des § 58 einer Gedankenlosigkeit zuzuschreiben ist. Das Vorbild war § 459 Abs. 5 HGB, der wörtlich gleich lautet. Man hat aber nicht berücksichtigt, daß diese Bestimmung ein Rechtsatz ist, während § 58 a Parteivereinbarung darstellt.

[2]) Vgl. dazu § 459 Abs. 3 HGB (der Absender muß das Verschulden der Eisenbahn beweisen) und Staub § 459 Anm. 3.

der Beweis des Kausalzusammenhangs wird dem Sped. abgenommen. Daß das gerechtfertigt ist, beweist m. E. zur Genüge der insofern gleichgelagerte Fall des § 459 HGB, der im übrigen eine wesentlich einschneidendere [1]) Bestimmung gegenüber dem Auftraggeber darstellt als § 57 ADSp.

3. Ebenso wie § 58 ADSp soll § 59 im Grund eine „Beweislastregelung" geben. Beweist der Versender, daß während der Besitzzeit des Sped. der Schaden entstanden ist, dann ist sein Anspruch begründet, sofern nicht der Sped. den Entlastungsbeweis führt. Dieser ist dann schwierig zu führen, wenn die äußere Beschaffenheit des Gutes während seiner Besitzzeit sich nicht verändert hat. Gegenüber der Behauptung, die äußere Beschaffenheit des Gutes habe sich in der Zeit zwischen Auf- und Ablieferung verändert, sagt Isaac S. 501, sei der Sped. wehrlos. Deswegen wird seine Haftung in solchen Fällen durch § 59 schlechterdings ausgeschlossen. Daß den Sped. trotzdem ein Verschulden trifft, dieser Beweis wird dem Versender nach Isaac offengelassen, sofern der Beweis substanziiert angetreten wird.

Die Bestimmung enthält einen der Hauptfälle der nicht aufgeklärten Schadensursache. Die Praxis [2]) stand seither auf dem Standpunkt, in einem solchen Fall müsse der Entlastungsbeweis als mißlungen angesehen werden.

Dieser Standpunkt kann für den Fall des § 59 nicht mehr eingenommen werden. Die Tatsache, daß das Gut in seiner äußeren Beschaffenheit gleich geblieben ist, befreit den Sped., wenn er sie beweist. Es ist aber notwendig, daß die Unmöglichkeit eines anderen Umstandes, nämlich des Verschuldens des Sped., vorliegt. Diese Unmöglichkeit ist die Repliktatsache, sie muß vom Versender bewiesen werden. Es werden also an zwei verschiedene Tatsachen zwei verschiedene Rechtsbeziehungen geknüpft.

Die vorliegende Vereinbarung verstößt daher nicht gegen Prozeßgrundsätze.

Es kann nur die Frage gestellt werden, ob ein Monopol-Mißbrauch oder der Vorwurf der Abnormität gegeben ist. Beides ist zu verneinen. Denn wenn der Versender auch das Verschulden des Sped. beweisen muß, so kann er vom Sped. doch verlangen, er möge darlegen, was er mit dem Gut im einzelnen gemacht habe. Diese Darlegungspflicht, wie sie z. B. das OLG

[1]) Wenn es überhaupt berechtigt ist, von einschneidend zu reden.
[2]) Belege siehe IV 1.

Hamburg[1]) annimmt, wird man auch für unsern Fall annehmen dürfen. Nach dem OLG ergibt sich diese allgemeine Aufklärungspflicht aus dem receptum. Dieser Ansicht ist beizutreten. Der Umstand, daß nach dem Konnossement der Klägerin die Beweispflicht auferlegt wurde, steht nach der Ansicht des OLG mit Recht nicht entgegen. Für unsern Fall, in dem der Versender die Repliktatsache beweisen muß, gilt das gleiche.

IV.

1. In § 1 ADSp wird der Sped. verpflichtet, seine Verrichtungen mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns auszuführen und hiebei das Interesse des Auftraggebers wahrzunehmen. Dieser Satz stimmt überein mit den Sätzen des HGB, insbesondere §§ 347, 407 HGB[2]). Ganz im selben Sinn spricht § 51 a ADSp aus, der Sped. hafte für Verschulden. Das bedeutet wiederum keine Abweichung von den gesetzlichen Vorschriften; eine Zufallshaftung ist dem Sped. so wenig wie dem gewöhnlichen Landfrachtführer oder Lagerhalter im Gesetz zugemutet. Allerdings jede, auf Grund von allgemeinen Vorschriften sich ergebende Zufallshaftung soll durch den Wortlaut von § 51 nicht ausgeschlossen sein; man denke z. B. an § 287 Satz 2 BGB. Solche allgemeine Vorschriften werden durch § 51 nicht berührt. Es sollte eben ein allgemeiner Grundsatz aufgestellt werden, nicht zum wenigsten bloß zur Anknüpfung für die folgende Bestimmung, die Beweislastregelung.

Die Entlastungspflicht trifft den Sped. und zwar, wie nach § 2 a ADSp zu ergänzen ist, für alle Verkehrsverträge, aus denen der Streit entstanden ist.

---

[1]) Urteil vom 4. 8. 14. Seuff.Arch. 69 S. 280.

[2]) Darin liegt folgender Gedanke. Soweit in den folgenden Bestimmungen (nach § 1a ADSp) zulässige Freizeichnungen erfolgen, soll der Sped. trotz dieser zur Sorgfalt verpflichtet sein. Er würde gegen die guten Sitten verstoßen oder sich aus § 826 BGB haftbar machen, wenn er sein Geschäft gehen ließe, wie es will, z. B. unzuverlässige Zwischensped. verpflichten würde, seine Angestellten machen ließe, was sie wollten. Vgl. Staub § 347 Anm. 30. Noch weiter geht Simonson. Die vertragliche Haftungsbeschränkung, Jur. Rundschau 1929 S. 160. Nach ihm hat derjenige, welcher seine Haftung in besonderer Weise beschränkt hat, eine erhöhte Sorgfaltspflicht bei Ausführung seiner Leistung. Diese Ansicht ist jedoch auf das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer zugeschnitten; Konsequenzen für den Sped. sind m. E. nicht ersichtlich, wenigstens nicht in den von Simonson angeführten Fällen.

Die Ausnahme kommt nach der Regel: ein äußerlich nicht erkennbar gewesener Schaden am Gut oder die nicht aufgeklärte Schadensursache, deren Aufklärung nach Lage der Umstände dem Sped. billigerweise nicht zugemutet werden kann, verschafft dem Versender die Beweislast.

Der Grundsatz von der Entlastungspflicht des Sped. stimmt mit der gesetzlichen Regelung überein. In den ADSp 1927 § 54 war noch das Gegenteil bestimmt. Die Gerichte haben aber eine Bestimmung, die dem Auftraggeber die volle Beweislast aufbürdete, stets abgelehnt, bezw. einschränkend ausgelegt.

Wenn wir von der gesetzlichen Haftung ausgehen, so kann sich der Sped. entlasten einmal durch den Nachweis, wie der Schaden entstanden sei, und daß ihn an der Schadensursache kein Verschulden treffe, oder, gelingt ihm dieser Beweis nicht, durch die Darlegung, er habe seiner Sorgfaltspflicht in jeder Beziehung genügt. Gelingt auch dieser zweite Beweis nicht, so führt die unaufgeklärte Schadensursache zum Mißlingen des Entlastungsbeweises. Das ist der Standpunkt der Praxis [1]).

Ist die Schadensursache nicht aufzuklären, so haftet also der Sped. Von dieser Haftung kann er sich nach der Ansicht des RG [2]) überhaupt nicht freizeichnen. Der gleiche Standpunkt wird von verschiedenen Oberlandesgerichten vertreten.

Von dem Grundsatz der Entlastungspflicht des Sped. ist also überhaupt eine Ausnahme nicht zuzulassen. In welchen Fällen wäre dem Auftraggeber auch die Aufklärung der Ursache billigerweise zuzumuten? Isaac [3]) führt als Beispiel an: Brand auf dem Lager eines Dritten, einer fremden Eisenbahn, u. U. Brand im Speicher des Sped. Soll hier also den Auftraggeber die Beweislast treffen, weil ihm angeblich die Aufklärung zuzumuten ist? Diesen Schluß zieht Isaac aber nicht; er sagt vielmehr, dem Sped. sei der Beweis gelungen, wenn er darlege, wie er mit dem Gut verfahren hat.

[1]) So RG 102 S. 396 (beide Beweise sind gescheitert; das berücksichtigt Isaac S. 448 nicht genügend); ferner RG 72 S. 105; RG 2. 10. 26 Warn. 1927 S. 220 Nr. 8 (vgl. auch Nr. 7); OLG Hamburg 15. 3. 24 ROLG 45 S. 65. Ferner vgl. Staub § 429 Anm. 13.

[2]) So RG 8. 11. 26 VR 26, 587; OLG Stuttgart 8. 4. 24. Warn. 1926 S. 159 Nr. 2; KG 10. 11. 28 SSZ 1929 S. 76, nach welchem an den Entlastungsbeweis nicht allzu strenge Anforderungen gestellt werden dürfen, wenn der Sped. nach Lage des Falls außerstande ist, die genauen Umstände darzulegen, unter denen das ihm anvertraute Gut ihm gestohlen oder sonst abhanden gekommen ist. Mit Recht verlangt auch das KG den Nachweis, daß der Sped. seine Sorgfaltspflicht nicht verletzt hat. Ebenso LG Breslau 12. 10. 28 SSZ 29 S. 78.

[3]) S. 449.

Isaac hat durchaus recht; dieser Beweis steht dem Sped. offen; aber es ist zu betonen: der Sped. hat die Beweislast. Denn er muß immer beweisen, daß er seiner Sorgfaltspflicht genügt hat. Nur das ist die unmittelbare Folge der unaufgeklärten Schadensursache (nicht aber schon das Mißlingen des Beweises).

§ 51 a selbst führt einen Fall an, in dem die Aufklärung der Schadensursache dem Sped. nicht zuzumuten ist, nämlich wenn ein Schaden am Gut äußerlich nicht erkennbar gewesen war. Es besteht keine Veranlassung, für diesen Fall von den oben aufgestellten Sätzen abzuweichen. Auch hier muß der Sped. beweisen, daß und wie er seiner Sorgfaltspflicht genügt hat. Es ist aber dabei zu berücksichtigen, daß im konkreten Fall der Beweis unter Umständen als erbracht gelten kann, wenn der Sped. dartut, der Schaden sei am Gut äußerlich nicht erkennbar gewesen. Eine tatsächliche Vermutung soll aber hier in keiner Weise behauptet werden [1]) u. [2]).

---

[1]) Einen Unterschied zwischen dem Fall, daß der Schaden äußerlich nicht erkennbar gewesen ist, und dem andern, daß der Sped. das Gut in der gleichen äußeren Beschaffenheit, wie er es bekommen, abgeliefert hat, kann ich nicht sehen. Denn nicht erkennbar muß der Schaden offenbar, soll § 51 a nicht ohne jeden Sinn sein, für den Empfänger des Guts gewesen sein, und ebenso für den annehmenden und abliefernden Sped. Beide Fälle sind also gleich, es handelt sich um die nicht aufgeklärte Schadensursache.

[2]) Ganz anders die Regelung des § 54 ADSp 1927. Hienach war der Sped. nie beweisbelastet. Die Praxis (OLG Hamburg Seuff.Arch. 69. S. 280) hat aber eine derartige Klausel so aufgefaßt, daß der Sped. darzulegen hatte, wie es kommt, daß er das Gut nicht abzuliefern imstande war. Erst dann sollte die Beweislast des Auftraggebers einsetzen, Ebenso ist auch der Gedanke des Prima-facie-Beweises, welcher den Gesichtspunkt der Beweisführung im Gegensatz zur Beweislast bringt (vgl. RG 102 S. 95; 27. 3. 29. Recht 1929 S. 319; Meyerowitz Grundlegende Fragen der Beweislast JW 1913 S. 245 und dort zitierte), für die ADSp 29, jedenfalls im Anwendungsgebiet des § 51 a, nicht mehr verwertbar, da es sich ja um die Beweislast des Sped. handelt. Der Prima-facie-Beweis kann heute nur noch für die Erscheinung des Gegenbeweises Beachtung finden. Wenn sich bei der Darlegung des Sped., wie er das Geschäft im einzelnen ausgeführt hat, für ihn belastende Tatsachen ergeben, die einen Prima-facie-Beweis gegen ihn erbringen, so ist ein Sorgfaltsbeweis fürs erste gescheitert (der Versender muß die Ueberzeugnng des Richters nur erschüttern); er muß dann nachweisen, daß der Schaden nicht aus einer jener belastenden Tatsachen entstanden ist; dann erst ist sein Sorgfaltsbeweis erbracht. Nicht braucht er noch nachzuweisen, auf welchem konkreten anderen Umstand der Schaden beruht. Für letzteren Punkt anscheinend a. M. Staub § 408 Anm. 21. Ferner vgl. Isaac S. 450.

2. Wenn ein Schaden bei einem Dritten, d. h. zunächst bei einer anderen Person als dem Sped., entsteht, so ist die Haftung des Sped. möglichst auf Grund von

a) § 278 BGB, § 408 HGB;

b) § 831 BGB;

c) einem Garantieversprechen [1]).

Der Dritte, für den der Sped. nach dem Gesetz haftet, kann ein Erfüllungsgehilfe sein oder nicht. Handelt es sich um einen Schaden, den ein Dritter, der nicht Erfüllungsgehilfe ist, verschuldet hat, dann haftet der Sped. aus dem Vertrag nur nach § 408 HGB, also wenn er den Frachtführer, Verfrachter oder Zwischenspediteur nicht mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns ausgewählt hat.

Soweit der Sped. diese Pflicht aus § 408 Abs. 1 HGB schuldhaft verletzt, findet in § 52 ADSp keine Freizeichnung statt, vielmehr wird die Haftung ausdrücklich aufrecht erhalten. Eine Freizeichnung hätte auch keinen Bestand haben können [2]).

Nach alledem konnte also eine Freizeichnung nur für einen Schaden erfolgen, der bei einem Dritten und zwar einem Erfüllungsgehilfen entstanden ist.

Die Erfüllungsgehilfen des Sped. lassen sich aber in zwei Klassen scheiden: in Angestellte einerseits, anderseits in Unternehmer, die an der Ausführung des Auftrags beteiligt sind. § 52 ADSp befaßt sich nur mit der zweiten Klasse und zeichnet den Sped. von der Haftung für Unternehmer frei. Von Angestellten ist in § 52 gar nicht die Rede. Die Freizeichnung selbst geschieht in der Weise, daß § 52 einen besonderen Begriff des Dritten aufstellt, nämlich darunter alle Personen außer dem Sped. versteht, die an der Ausführung des Auftrags beteiligt sind, und allen diesen Dritten in Bausch und Bogen die Eigenschaft eines Erfüllungsgehilfen abspricht. Richtig ausgedrückt, zeichnet § 52 also den Sped. von der Haftung für einen Erfüllungsgehilfen frei, der ein Dritter im Sinn des Paragraphen ist.

---

[1]) Dieser Fall bedarf keiner näheren Erörterung. Der Sped. haftet für den Dritten; ob beschränkt oder nicht, dafür ist der Vertrag maßgebend. Vgl. auch OLG Hamm 21. 12. 26 VR 1927, 106.

[2]) Vgl. RG 23. 10. 26 JW 1927 S. 656, LZ 1927 Spalte 604.

Ganz anders hat einmal das RG [1]) den Begriff des Dritten aufgefaßt; nach ihm waren aus dem Begriff alle Erfüllungsgehilfen auszuscheiden. In § 52 werden nur solche Erfüllungsgehilfen ausgeschieden, die Angestellte, nicht Unternehmer sind. Was die Haftung für Angestellte betrifft, so gelten die allgemeinen Haftungsbeschränkungen der ADSp.

In § 52 sind als Beispiele für Dritte aufgezählt Frachtführer, Lagerhalter, Schiffer, Zwischen- oder Unterspediteur, Versicherer, Eisenbahn, Gütersammelstelle, Banken. Man sieht, es sind zum Teil Personen, die rechtlich nicht als Erfüllungsgehilfen in Betracht kommen, z. B. Zwischenspediteure, Gütersammelstelle, Versicherer. Andere wiederum können Erfüllungsgehilfen sein, brauchen es aber nicht notwendig zu sein, z. B. Frachtführer [2]), Lagerhalter, Schiffer, Eisenbahn, Banken. Wieder andere sind stets Erfüllungsgehilfen, so der Unterspediteur. Um jeden Zweifel auszuschließen, ist also allen erwähnten Dritten die Eigenschaft eines Erfüllungsgehilfen abgesprochen. Jede Zweifelsfrage, z. B. ob der Dritte Zwischen- oder Unterspediteur ist, wird dadurch abgeschnitten. Deshalb erübrigt es sich auch, hier auf diese Frage einzugehen.

Die Gültigkeit der Bestimmung steht außer Frage; insbesondere können die aufgezählten Dritten nicht etwa als leitende Angestellte betrachtet werden, für deren Verschulden die Haftung nicht wegbedungen werden könnte [3]). Für den Fall, daß ein Monopol vorliegt [4]) rechtfertigt sich die Bestimmung dadurch, daß der Sped. hier ein großes Risiko hat, es sich also um eine bloße Spesenfrage handelt.

Der Sped. ist auf Verlangen des Auftraggebers verpflichtet, den Ersatzanspruch gegen den Dritten dem Auftraggeber abzutreten. Dabei muß nach § 2 c ADSp der Versender die GB des Dritten gelten lassen [5]). Das versteht sich von selbst. Der Versender erwirbt den Anspruch stets nur so, wie ihn der Sped.

---

[1]) RG 20. 5. 25. VR Bd. 4 S. 503.

[2]) Für den Verfrachter vgl. KG 19. 10. 27. VR 1927, 601. Nach Ansicht des KG ist der Verfrachter des Seeschiffs grundsätzlich nicht Erfüllungsgehilfe des Spediteurs.

[3]) Vgl. OLG Frankfurt a. M. 5. 11. 24 EEE 43 S. 86 für den Fall des Zwischenspediteurs.

[4]) Abgesehen davon, daß es sich auch gar nicht um leitende Angestellte handelt.

[5]) So auch Staub § 107 Anm. 16 RG 92 S. 11; dagegen Senckpiehl Gruch. 63, 67.

erworben hat[1]). Auch wenn ein direktes Rechtsverhältnis zwischen dem Versender und dem Dritten nicht entsteht, kann sich der Dritte dem Versender gegenüber auf seine GB berufen[2]). Der Sped. hat aber nach § 408 die Interessen des Versenders wahrzunehmen. Er darf sich also, wie Isaac S. 104 mit Recht daraus schließt, nicht auf ungewöhnliche oder unangemessene Bedingungen einlassen. Tut er es doch, so ist zu unterscheiden, ob diese Bedingungen nach allgemeinen Grundsätzen nichtig sind oder nicht. Sind sie nichtig, so gelten sie auch dem Versender gegenüber nicht; sind sie gültig, aber unangemessen, so haftet der Sped. auf Schadensersatz, weil er das Interesse des Versenders nicht wahrgenommen hat (§ 408 Abs. 1 HGB, § 52 b ADSp), und zwar nach Maßgabe der ADSp; es wird aber wohl immer eigenes Verschulden oder Verschulden eines leitenden Angestellten vorliegen, sodaß eine Freizeichnung nicht in Betracht kommt[3]).

Nicht richtig ist es, wenn Isaac S. 462 (ohne Begründung) sagt, § 831 BGB sei durch die Bestimmung des Abs. 2 § 52 ausgeschaltet. Dort ist lediglich die Geltung des § 408 Abs. 1 HGB anerkannt; in der ganzen Bestimmung ist überhaupt nur von vertraglicher Haftung die Rede, im Absatz 1 nämlich von der Haftung für Erfüllungsgehilfen; in § 831 BGB handelt es sich aber um Haftung für eigenes Verschulden. Falls § 831 hätte ausgeschaltet werden sollen, so hätte das einer klaren Bestimmung bedurft, ganz abgesehen von der Frage, ob man sich von der Haftung aus § 831 überhaupt freizeichnen kann[4]).

3. Nach § 412 HGB ist der Sped. berechtigt, die Beförderung des Gutes selbst auszuführen. Nach § 413 Abs. 1 und 2

[1]) Der Sped. darf und gegenüber dem Versender muß er das Interesse des Versenders und seinen Anspruch gegen den Dritten geltend machen. Von sich aus kann das der Versender nicht, da i. d. R. ein direktes Rechtsverhältnis zwischen ihm und dem Dritten nicht besteht, sondern ein solches nur zwischen Sped. und Drittem entsteht (RG 109 S. 85).

[2]) Ein direktes Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und Versender tritt hauptsächlich dann ein, wenn der Sped. den Dritten vertritt. Dann kommen die ADSp überhaupt nicht zur Anwendung; sie sind nicht Vertragsgrundlage. Maßgebend sind dann die GB des Dritten, sofern sie Vertragsinhalt geworden sind. Darauf muß aber der Sped., der den Vertrag für den Dritten schließt, diesen hinweisen.

[3]) Wenn Kollusion zwischen Sped. und Drittem vorliegt, braucht sich der Versender nicht auf die GB des Dritten einzulassen.

[4]) Vgl. OLG Hamburg 4. 11. 26. Hans G.Z. 26, 14; VR 5, 289.

kann die Spedition zu festen Spesen oder in Sammelladung erfolgen. In allen drei Fällen erlangt der Sped. nach dem Gesetz die Rechtstellung eines Frachtführers oder Verfrachters, im ersten Fall neben seiner Stellung als Sped., in den beiden andern Fällen ausschließlich. Der gesetzgeberische Grund für diese Regelung ist der, daß der Sped. in den Fällen des § 413 einen festen Uebernahmesatz bezw. Frachtsatz für die Beförderung erhält, also die Vergütung eines Frachtführers, nicht eines Spediteurs. „Der Sped. wird der Unternehmer des ganzen Transports“ [1]).

Aus dieser Regelung ergibt sich für die Haftung des Sped., daß er für Sachschaden nicht bloß bis zur Beendigung der eigentlichen Spediteurtätigkeit, der Uebergabe des Gutes an den Frachtführer oder Verfrachter, nach § 407 HGB haftet, sondern bis zur Beendigung der Frachtführertätigkeit [2]). Der Sped. haftet für den Frachtführer als Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB, § 432 HGB. Die Eisenbahn z. B. ist Unterfrachtführer, für deren Verschulden der Versender einzustehen hat (RG 106 S. 420); ebenso haftet der Sped. für den Zwischenspediteur (RG 55 S. 237). Auf die beschränkte Haftung eines solchen Dritten ihm gegenüber kann sich der Sped. nicht berufen [3]).

Diese Gleichstellung von Sped. und Frachtführer, die sich auch im Ausland, z. B. im französischen, italienischen, holländischen Recht findet, wird angegriffen, so von Isaac S. 99 f. mit der Begründung, die Regelung passe auf den kleinen Frachtführer Anfang des 19. Jahrhunderts, heute sei sie aber unerträglich, soweit sie fingiere, daß der Sped. die Ware bis zu dem Endziel in Obhut habe, und damit die Arbeitsteilung, die mit einer modernen Beförderung verbunden sei, ignoriere.

Dieser Ansicht muß man beistimmen. Die Denkschrift zu dem Entwurf eines HGB (Hahn's Materialien S. 245) führt aus, daß es bei der vom Gesetz getroffenen Regelung des Sammelladeverkehrs der Natur der Sache entspreche, daß das Ver-

[1]) So Senckpiehl, Haftung S. 133.

[2]) Vgl. Senckpiehl, Haftung S. 133 ff., welcher die Ankunft des Gutes am Bestimmungsort, nicht die Ablieferung des Gutes an den Empfänger als Zeitpunkt der Beendigung der Haftung des Sped. betrachtet. Vgl. RG 10. 4. 1901 JW 01 S. 368[10]. Auf die Frage, ob der Adreß-Spediteur Erfüllungsgehilfe des Sammelladungs-Spediteur ist oder nicht, braucht hier nicht eingegangen zu werden, jedenfalls gilt er nach § 52a nicht als Erfüllungsgehilfe.

[3]) So OLG Hamburg 27. 5. 1911 ROLG 24 S. 200.

hältnis zwischen Sped. und Versender nicht den Vorschriften über das Speditions-Geschäft, sondern, ebenso wie im Fall der Vereinbarung eines bestimmten Frachtsatzes, den Vorschriften über das Frachtgeschäft unterstellt werde. Denn es erscheine gerechtfertigt, daß derjenige, welcher sich eine bestimmte Vergütung für eine Leistung ausbedinge, auch eine selbständige Verpflichtung hinsichtlich der Ausführung der Leistung zu übernehmen habe.

Daraus ergibt sich, sagt Wiedmann, Der Sammelladungs-Spediteur, S. 20, daß in § 413 Abs. 2 dem Spediteur als Aequivalent für seinen Vergütungsanspruch die direkte Verpflichtung für die Ausführung des Transports auferlegt werden soll und daß er dementsprechend als Frachtführer behandelt werden soll.

Das Falsche an diesem Argument ist die Fiktion, der Sped. sei Frachtführer; diese Fiktion sucht man mit dem Umfang der Vergütung zu rechtfertigen. Der Sped. ist aber nicht Beförderer. Er muß den wirklichen Beförderer für seine Tätigkeit bezahlen und macht seinen Gewinn nur dadurch, daß er günstigere Beförderungsbedingungen bekommt, als der einzelne Versender. Die Begründung des Gesetzes ist also nicht überzeugend.

Es ist auch noch darauf hinzuweisen, daß nach dem Allgemeinen Handelsgesetzbuch der Sammelladungsspediteur, dessen Geschäfte nach Art. 383 behandelt wurden, stets nur für culpa in eligendo gehaftet hat. Denn die Ausführung des Transports blieb auch im Verhältnis zwischen Sped. und Auftraggeber Sache eines Beförderers. Der Anlaß für eine Neuregelung war zunächst nur der Vergütungsanspruch; dessen Regelung hatte dann auch die Neuregelung der Haftung zur Folge [1]).

Es kommt m. E. noch dazu, daß der Sped. zwar die Vergütung eines Frachtführers bekommt, seine Haftung als Frachtführer aber nicht bloß nicht gerechtfertigt ist, sondern vor allem unnötig ist, weil ja dem Versender der wirkliche Frachtführer, z. B. die Eisenbahn, haftet. Den Anspruch gegen die Eisenbahn, die bis zur höheren Gewalt haftet, hat der Versender stets und zwar direkt gemäß § 432 Abs. 2 HGB, § 100 Abs. 2 EVO. Ist der Anspruch gegen die Eisenbahn nicht direkt gegeben (z. B. weil sie bloß Erfüllungsgehilfe des Sped. ist und nach dem Vertrag in keinem Verhältnis zum Versender steht [2]),

[1]) Vgl. Wiedmann a. a. O. S. 9 f.

[2]) Ferner vgl. § 469 HGB, Gierke Handels- und Schiffahrtsrecht S. 643.

dann kann sich der Versender nach § 52 a ADSp den Anspruch abtreten lassen.

Etwas anders liegt es beim Seetransport. Der Verfrachter — die Reederei — haftet in der Regel auf Grund ihrer GB, also beschränkt. Die volle Haftung des Sammelladungs-Spediteurs nämlich, wie der von ihm benützte Verfrachter nach dem Gesetz haften würde, ist hier aus einem andern Gesichtspunkt unnötig. Beim Seetransport ist die Versicherung durch den Versender üblich; anders ist es beim Landtransport, weil hier ja die Eisenbahn so weitgehend haftet[1]).

Bedenken ergeben sich also nur, wenn der Spediteur in der Tat Frachtführer ist[2]), z. B. er unterhält ein Rollfuhrgeschäft oder eine Autolinie. Diese Möglichkeit kommt für den Fall des § 412 HGB in Betracht[3]). An wen soll sich hier der Versender halten, wenn der Sped. nicht als Frachtführer haftet? Auch hier muß man sagen: an die Versicherung. Erfahrungsgemäß ist hier das Risiko des Sped. am stärksten; der Diebstahl von der Fuhre ist eine Hauptgefahrenquelle[4]). Deswegen kann man dem Sped. nicht die volle gesetzliche Haftung zumuten, wenn eine billige Versicherungsmöglichkeit gewährt wird. Das ist mit der Rollfuhrversicherung geschehen.

Nach alledem stehen Bedenken nicht entgegen, wenn der Sped. seine Haftung als Frachtführer ausschließt, da eine Schädigung des Versenders nicht in Frage kommt. In dieser Art wurde auch in den früheren GB verfahren, so wurde in den ADSp 1927 § 55 c bestimmt, daß der Sped. „nur als Spediteur" haftet.

§ 52 c ADSp 29 bestimmt nur, der Spediteur hafte auch in den Fällen §§ 412, 413 HGB nach Maßgabe der Bedingungen, also nicht, er hafte nur als Sped.

Die Wirkung bleibt sich aber gleich; die heutige Fassung ist sogar besser.

Schon aus § 52 a ergibt sich, daß der Sped. für einen Schaden, der bei einem „Dritten" entsteht, nicht haftet. Der Sped. haftet nur, sofern er die Pflichten aus § 408 Abs. 1 HGB verletzt. Das gilt nach § 2 ADSp für alle Verrichtungen des Sped.,

[1]) Vgl. Reuver ZBH 1928 S. 392.
[2]) Vgl. RG 27. 3. 29 Recht 1929. S. 319.
[3]) Vgl. Senckpiehl Haftung S. 137.
[4]) So Reuver a. a. O. S. 73.

sei es die Tätigkeit eines Frachtführers, Lagerhalters, Kommissionärs, sei es die des Sped. als solchen. Die oben genannte Wendung (nur als Spediteur) war demnach überflüssig.

Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Streitfrage, ob auf den Sped., der die Rechte und Pflichten eines Frachtführers bekommt, gewisse zwingende Bestimmungen des Eisenbahnfrachtrechts auch als für ihn zwingend anzuwenden sind. Diese Frage hängt mit der andern Frage zusammen, welches Frachtrecht für den Sped. (in den Fällen §§ 412/413 HGB) überhaupt gilt.

Die herrschende Meinung vertritt die Ansicht, der Sped. hafte wie der von ihm benutzte Frachtführer, also je nachdem als Landfrachtführer, Eisenbahnfrachtführer, Binnenschiffahrtsfrachtführer oder Verfrachter [1]).

A. M. ist Wiedmann a. a. O. S. 39 ff., wenigstens in dem Sinn, daß er die eisenbahnfrachtrechtlichen Sonderregeln auf den Sammelladungsspediteur als für besondere Verhältnisse gegeben [2]) mangels einer positiven gesetzlichen Bestimmung nicht anwenden will.

Folgt man seiner Ansicht, so ist die Freizeichnung des Sped. von der Haftung als Frachtführer ohne weiteres gültig, da gegen zwingende Vorschriften nicht verstoßen wird. Zum gleichen Ergebnis kommt aber auch Senkpiehl Haftung S. 134 [3]). Das Eisenbahnfrachtrecht ist nach ihm zwar anzuwenden, aber seine zwingenden Vorschriften sind nicht für den Sped. zwingend, weil hier der gesetzgeberische Grund nicht gegeben ist: die Eisenbahn hat eine faktische Monopolstellung, der Sped. nicht.

Es kann dahingestellt bleiben, welcher Ansicht man den Vorzug geben will [4]). Wir haben nur die Frage zu stellen, ob die Sped. nicht etwa auch ein Monopol und Leistungsfähigkeit besitzen. Beides besitzen sie sicher nicht in der Art, wie es die Eisenbahn besitzt. Dazu kommt, daß der Gesetzgeber ja

---

[1]) So Senckpiehl, Haftung S. 134; Staub Anm. 4; Düringer-Hachenburg Anm. 8, Makower Bem. III a je zu § 412, Cosack 5. Aufl. S. 484.

[2]) Das sind Monopol und Kapitalkraft der Eisenbahn. Wiedmann weist ferner auf RG 106 S. 423 hin.

[3]) Wiedmann leugnet die gesamte eisenbahnfrachtrechtliche Haftung des Sped.; Senckpiehl nur, soweit es sich um zwingende Vorschriften handelt; — aber beide aus den gleichen Gründen, vgl. Anm. 2.

[4]) Der praktische Unterschied zeigt sich nur in der Frage, ob die nicht zwingenden Regeln auf den Sped. anzuwenden sind. Sie ist von geringer Bedeutung.

gerade nur der Eisenbahn die Haftung für die ihrem Gewerbe eigentümliche Betriebsgefahr, die Haftung bis zur höheren Gewalt, auferlegen wollte. Dem Landfrachtführer wurde sie erlassen, und nun soll sie der Sped. auf dem Umweg über §§ 412, 413 HGB tragen? Das ist unmöglich und nicht gewollt.

Es ist noch zu erwähnen, daß man gesagt hat, § 413 sei durch Handelsbrauch abgeschafft. So Reuver ZBH 28 S. 193. Das RG ist jedoch anderer Ansicht (vgl. Urteil vom 14. 4. 28 Recht 1928 S. 326).

In § 52 ist nur von der Haftung die Rede. Auch die Fälle §§ 412, 413 HGB sollen nur insoweit nicht gelten, als dort die Haftung des Sped. geregelt ist. Die sonstige Rechtsstellung des Sped. bleibt unberührt, namentlich hat er im Fall des § 413 keinen Anspruch auf Provision.

V.

1. Die Haftpflicht des Sped. für angerollte Güter endet, sobald sie dem Empfänger vor seinem Grundstück zur Abnahme bereit gestellt und abgenommen sind. Der Empfänger kann verlangen, daß Güter im Gewicht bis zu 50 kg das Stück abgetragen werden. Die Abtragung geht auf seine Gefahr, d. h. der Sped. haftet für den Kutscher und seine Leute nicht als Erfüllungsgehilfen. § 53 ADSp.

Der Sped. ist hier Rollfuhrunternehmer, also Frachtführer. Nach dem Gesetz endet die Sachschadenhaftung (die hier allein interessiert) mit der Ablieferung. Der Empfänger muß instand gesetzt werden, die tatsächliche Gewalt über das Gut auszuüben. Zur Ablieferung gehört die Mitwirkung des Empfängers [1]), sofern dieser nicht darauf verzichtet hat.

Diese Erfordernisse sind in § 53 berücksichtigt. Das Bereitstellen bedeutet die Besitzaufgabe des Rollführers, die Abnahme bedeutet die Mitwirkung des Empfängers. Die Bestimmung ist deswegen anzuerkennen; das ist auch durch ein Gutachten der Industrie- und Handelskammer Frankfurt a. M. vom 1. 2. 29 in SSZ 1929 S. 116 geschehen.

Von der Ablieferung sind zu unterscheiden das Abtragen und das Abladen des Gutes.

Ueber das Abladen des Gutes bestimmt § 53 b S. 2, das Gut sei dem Empfänger auf ebener Erde zur Verfügung zu stellen,

[1]) Vgl. RG 112 S. 342; RG 108 S. 342; Senckpiehl, Haftung S. 123; Isaac S. 232.

wenn nicht Umfang, Gewicht oder die Notwendigkeit einer besonderen Behandlung entgegenstehen [1]). Stehen die genannten Umstände entgegen, so wird dem Empfänger das Gut auf dem Rollwagen zur Verfügung gestellt. Das Abladen gehört, wenn es dazu kommt (im Gegensatz zum Abtragen s. u.) zu der Erfüllungspflicht des Sped. Dieser hat also für Verschulden seiner Leute einzustehen [2]).

Das Abtragen gehört nach der gesetzlichen Regelung nicht zu einer ordnungsmäßigen Erfüllung, außer bei besonderer Vereinbarung. Hilft der Kutscher also beim Abtragen, so handelt er nicht als Erfüllungsgehilfe des Sped. [3]). Möglich ist allerdings, daß die genannte besondere Vereinbarung mit dem Kutscher als Vertreter des Sped. gemacht wird. Aber eine Bevollmächtigung des Kutschers wird man in d. R. nicht annehmen dürfen.

Die ADSp bestimmen nichts Abweichendes zu Ungunsten des Versenders. Er bekommt sogar einen Anspruch auf das Abtragen [4]), aber auf seine Gefahr. Eine besondere Vereinbarung mit dem Kutscher als Vertreter des Sped. ist hier stets ausgeschlossen, weil nach § 6 ADSp der Sped. für mündliche Aufträge, insbesondere an den Kutscher keine Gewähr übernimmt.

Stets haftet der Sped., auch beim Abtragen, für sorgfältige Auswahl seiner Leute aus unerlaubter Handlung nach § 831 BGB [5]).

2. In § 60 ADSp ist ein Erlöschen der Haftung für den Fall der Versäumung der Schadensmitteilung geregelt. Die Bestimmung gilt für alle Verrichtungen des Sped. und für alle Schäden.

Nach § 438 HGB erlischt die Haftung des Frachtführers mit der Annahme des Guts und der Bezahlung der Fracht, aber nur die Haftung für leichte Fahrlässigkeit. Für Sped. und Lagerhalter gibt es eine ähnliche Vorschrift nicht.

---

[1]) Ebenso das Gutachten in einem Prozeß vor dem Landgericht Nürnberg SSZ 1916, 43.

[2]) Die Urteile des RG 97 S. 18, LG Beuthen 1. 7. 14 SSZ 1916, 17 stehen nicht entgegen; denn hier war der Rollfuhrunternehmer gar nicht zur Abladung verpflichtet.

[3]) Senckpiehl a. a. O.

[4]) Aber nur in den oben angegebenen Grenzen.

[5]) Die gesetzliche Regelung bleibt auch im übrigen unberührt; z. B. bei Verweigerung der Abnahme durch den Empfänger greift § 437 HGB Platz.

§ 438 HGB ist indessen nicht Vorbild für § 60 ADSp gewesen, sondern, worauf Isaac S. 502 hinweist, Vorbild war § 377 HGB.

In § 60 wird eine Rügepflicht aufgestellt. Der Grund für die Bestimmung ist, einen Zwang in der Richtung einer raschen Schadensregulierung auszuüben. Diese Erwägung ist durchaus berechtigt und liegt im Interesse des Verkehrs. So gut, wie der handeltreibende Verkäufer möglichst bald Gewißheit haben muß, ob der Käufer das Geschäft als ordnungsmäßig abgewickelt ansieht[1]), muß auch der Verkehrsunternehmer Gewißheit haben, ob der Transport ordnungsmäßig ausgeführt ist. Es handelt sich um Massenverkehr und ein geringer Zeitablauf bringt unverhältnismäßig starke Beweiserschwerungen mit sich[2]).

§ 60 sagt nichts darüber, wer rügepflichtig ist; i. d. R. wird es der Empfänger sein, es genügt aber auch die Schadensmitteilung des Auftraggebers oder eines sonstigen Dritten.

Im folgenden muß zwischen § 60 a Satz 1 und Satz 2 unterschieden werden. § 60 a Satz 1 bestimmt: „Alle Schäden, auch soweit sie äußerlich nicht erkennbar sind, müssen dem Sped. unverzüglich schriftlich mitgeteilt werden." Andernfalls erlischt die Haftung des Sped.

Die dort aufgestellte Rügepflicht ist keine Pflicht, sondern eine Obliegenheit, deren Verletzung Nachteile für den Verletzenden mit sich bringt. Notwendig ist eine schuldhafte Verletzung; das ergibt sich daraus, daß der Schaden unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern § 121 BGB) mitgeteilt werden muß. Versäumt sie also der Empfänger ohne Schuld, so treten die Folgen der Verletzung der Rügepflicht nicht ein.

Aus diesen Gründen ist auch bei äußerlich nicht erkennbaren Schäden eine Verletzung der Rügepflicht erst dann gegeben, wenn nach der Entdeckung des Schadens schuldhaft gezögert wird. Nur so kann § 60 a Satz 1 verstanden werden.

Der Schaden muß ferner dem Sped. mitgeteilt werden; das kann der abliefernde Sped. sein, aber auch ein anderer, z. B. der Hauptsped. Diese Ausführungen gelten aber nur, wenn nicht ein Sped. das Gut abgeliefert hat, sondern ein anderer Verkehrsunternehmer, z. B. Frachtführer oder Eisenbahn.

Denn § 60 a Satz 2 bestimmt, wenn ein Sped. das Gut abgeliefert habe, müsse der abliefernde Sped. spätestens am 4. Tag

[1]) So Gierke, Handels- und Schiff.Recht S. 535.
[2]) Vgl. auch Isaac S. 502.

nach der Ablieferung im Besitze der Schadensmitteilung sein. In den ADSp 27 § 66 galt diese letztere Bestimmung i. V. m. der ersteren oben genannten. Dabei kamen aber die Unverzüglichkeitsfrist und die Vier-Tage-Frist in unlösbare Konkurrenz in dem Fall, daß jene länger zu bemessen war als diese. Isaac S. 504 behandelt bloß den Fall, daß jene kürzer ist als diese.

In den ADSp 29 ist das Verhältnis klargestellt in dem Sinn, daß Satz 2 dem Satz 1 vorgeht. Wenn also ein Sped. abliefert, gilt nicht die Unverzüglichkeits-, sondern die Vier-Tage-Frist und zwar auch, wenn es sich um äußerlich nicht erkennbare Schäden handelt. Die Schadensmitteilung selbst darf an den abliefernden Sped. gerichtet sein, nicht wie in Satz 1 eben an den Spediteur. Notwendig ist ferner, daß die Schadensmitteilung zugegangen ist; für Satz 1 kann man das mangels genügender Deutlichkeit nicht annehmen, hier ist also die Schadensmitteilung eine nicht empfangsbedürftige Erklärung (wie in § 377 HGB).

Für die Frage, was unter Sped. zu verstehen sei, gilt nicht § 407 HGB, sondern nur § 2 a ADSp; also auch wenn der Sped. z. B. als Rollfuhrunternehmer auftritt, gilt Satz 2. Die Folge der Nichtanzeige ist, daß der Schaden als erst nach der Ablieferung entstanden gilt. Der Schadensersatzanspruch erlischt; der Beweis, daß der Schaden vor der Ablieferung entstanden sei, ist ausgeschlossen (Isaac S. 504). In Analogie zu § 377 HGB kann man sagen: der Transport gilt als genehmigt.

Die Gültigkeit dieser Bestimmung ist zweifelhaft.

Um bei den Folgen zu beginnen, so ist hiegegen nichts einzuwenden. Die Analogie zu § 377 HGB und die Notwendigkeit für den Sped., Regreßansprüche zu wahren, geben eine genügende Rechtfertigung.

Aus der genannten Analogie ergibt sich aber anderseits eine notwendige Einschränkung der Klausel. Hat der Sped. den Schaden arglistig verschwiegen bei der Ablieferung, dann greift § 60 a nicht Platz (vgl. § 377 Abs. 5 HGB). Das kann aber nur von dem Sped. gelten, gegen den der Schadensersatzanspruch gerichtet ist. Das ist i. d. R. der Hauptspediteur. Auch die Arglist eines Vertreters kommt in Betracht (§ 166 BGB). Eine Freizeichnung in dieser Richtung ist nicht erfolgt. Hat also etwa der Adreßspediteur, der in eigenem Namen handelt, den Schaden arglistig verschwiegen, dann findet § 60 a ADSp Anwendung, was das Verhältnis zum Hauptspediteur betrifft.

Der Empfänger hat aber in einem solchen Fall den Anspruch aus § 826 BGB gegen den Adreß-Spediteur; dem Einwand mitwirkenden Verschuldens (§ 254 BGB), der sich etwa gerade aus der Versäumung der Schadensmitteilung ergeben könnte, ist er hier, der Arglist gegenüber, so gut wie nie ausgesetzt.

Hat der Sped. das Gut vorsätzlich beschädigt[1]), dann gilt § 60 ebenfalls nicht. Nach § 276 BGB ist auch ein bedingter Erlaß der Haftung ausgeschlossen[2]). Bedenken erheben sich endlich bei der Vier-Tage-Frist im Falle äußerlich nicht erkennbarer Schäden. Es ist schon nicht der geringste Grund für die verschiedene Regelung in Satz 1 und 2 ersichtlich. Soweit die Schäden äußerlich erkennbar sind, wird zwar die Vier-Tage-Frist der Unverzüglichkeitsfrist gleichkommen. Ist diese kürzer als jene, so gilt trotzdem für das Anwendungsgebiet des Satz 2 jene Frist. Das bedarf keiner Begründung; der Vorteil für den Versender ist offensichtlich. Im umgekehrten Fall aber und in dem Fall, daß die Schäden nicht erkennbar sind, ist der Regelung zweifellos unbillig und deshalb so singulärer Natur, daß man eine freiwillige Unterwerfung nicht erwarten darf. Ob Mißbrauch einer Monopolstellung vorliegt, kann deswegen dahingestellt bleiben.

Singulär muß die Vorschrift genannt werden insbesondere in ihrer Abweichung vom Vorbild, von § 377 HGB. Warum hat man nicht wie dort zwei Unverzüglichkeitsfristen geschaffen, eine für die ordnungsmäßige Untersuchung und eine für die Anzeige; warum hat man nicht wie dort zwischen offenbaren und heimlichen Mängeln unterschieden?

Es ist noch auf § 60 c ADSp einzugehen. Die Vorschrift ist m. E. selbstverständlich; die Verantwortlichkeit des Sped. ist nur für die Folgen der verspäteten Mitteilung ausgeschlossen; soweit ihn bei der Wahrung des Rechts gegen einen Dritten ein Verschulden trifft, ist er verantwortlich.

VI.

1. Es bleibt noch übrig, auf diejenigen Bestimmungen in den ADSp einzugehen, welche eine vom Gesetz abweichende

[1]) In diesem Fall wird meist auch arglistiges Verschweigen vorliegen. Gleichzustellen sind die Fälle aber nicht.

[2]) Die Kommentare (Planck; Reichsgerichtsräte; Staudinger), ebenso Enneccerus, Lehrbuch schweigen über diese Frage.

Regelung treffen, um dem Sped. eine Haftungserleichterung zu verschaffen.

Das ist in erster Linie dadurch geschehen, daß der Sped. den ihm nach dem Gesetz obliegenden Pflichtenkreis verringert hat. Die Frage ist, ob derartige Bestimmungen gültig sind, ob sie nicht etwa als Monopol-Mißbrauch oder als singulär zu betrachten sind.

Es handelt sich hier um ein mit der Haftung in Zusammenhang stehendes Problem. Das ergibt sich aus § 51 b ADSp, wo auf derartige Bestimmungen Bezug genommen wird. Demzufolge ist auch § 51 c auf solche Bestimmungen anzuwenden, wonach es dem Auftraggeber freisteht, gegen besondere Vergütung eine weitergehende Haftung des Sped. zu vereinbaren.

Es taucht also hier die Spesenfrage auf. Das bedeutet, daß das Wegbedingen einer Pflicht niemals dann als sittenwidrig betrachtet werden kann, wenn die Uebernahme und Erfüllung der Pflicht nur gegen eine besondere Vergütung zu erfolgen braucht. Und letzteres ist grundsätzlich zu unterstellen; denn der Kaufmann tut nichts umsonst. Der Auftraggeber steht also vor der Wahl, ob er für die Uebernahme einer Pflicht besonders bezahlen will oder nicht[1]) u. [2]).

Nach alledem ist anzunehmen, daß bei einer solchen Sachlage von einem Monopol-Mißbrauch nicht die Rede sein kann. Die Frage ist daher nur noch, ob die Bestimmungen von dem Vorwurf der Singularität getroffen werden. Hier ist eine Untersuchung im einzelnen nötig. Bedenken bestehen jedoch für die oben in § 10 VI unter der Verringerung des Pflichtenkreises aufgeführten Bestimmungen m. E. nur im Fall des § 10 b ADSp. Diese Vorschrift soll hier daher allein untersucht werden.

Nach § 10 b ist der Sped. nicht verpflichtet, die Echtheit einer Unterschrift oder die Befugnis der Unterzeichner zu prüfen, es sei denn, daß mit dem Auftraggeber schriftlich etwas anderes vereinbart oder der Mangel der Echtheit oder der Befugnis offensichtlich erkennbar ist. In den ADSp 1927 lautete die Bestimmung (§ 11 b) wesentlich mehr zu Gunsten des Sped., in-

[1]) Ein typisches Beispiel ist § 19 ADSp.

[2]) Nach der Ansicht des RG (JW 27, 118) muß der Sped. allerdings nachweisen, daß eine Bestimmung wie die des § 51c nicht bloß auf dem Papier stehe, sondern praktische Geltung habe. Doch sind an diesen Nachweis für den vorliegenden Fall keine zu strengen Anforderungen zu stellen, da hier Pflicht gegen Pflicht steht, und dem Versender nicht eine generelle Freizeichnung des Sped. droht.

dem er auch bei offensichtlichem Mangel zur Prüfung nicht verpflichtet war. Gegen diese Bestimmung der ADSp 27 sind Einwände erhoben worden[1]). Aber auch die jetzige Fassung gibt zu Bedenken m. E. Anlaß. Jedoch besitzen sie wohl keine durschlagende Kraft.

Grundsatz ist: der Sped. hat keine Prüfungspflicht. Nur im Fall der Offensichtlichkeit, abgesehen von dem Fall anderweitiger Vereinbarung, soll ihn eine Prüfungspflicht treffen. Will man diese Regel und Ausnahme in einen logischen Zusammenhang bringen, so ergibt sich, daß der Sped. in jedem Fall stets prüfen muß, ob der Mangel offensichtlich ist oder nicht. Nur das kann richtigerweise § 10 b meinen; denn wie anders sollte der Sped. sonst erkennen, ob der Mangel der Echtheit offensichtlich ist oder nicht? Die Fassung des § 10 b, die dem entgegenzustehen scheint, erklärt sich aus ihrer prozessualen Formulierung: der Auftraggeber muß beweisen, der Mangel sei offensichtlich gewesen, also nicht bloß, der Sped. habe eine Prüfungspflicht gehabt, sondern er habe sie verletzt.

Offensichtlich bedeutet, daß der Sped. den Mangel ohne Schwierigkeit, ohne weitere Nachforschung und Erkundigung, z. B. beim unterzeichneten Auftraggeber, erkennen kann. Hat der Sped. nur Zweifel an der Echtheit, wenn auch begründete Zweifel, so ist der Mangel der Echtheit nicht offensichtlich. In diesem Fall also ist der Sped. nicht zur Prüfung verpflichtet. Ob das wirklich Treu und Glauben im Verkehr entspricht, ob der Auftraggeber mit einer solchen Bestimmung rechnen muß oder kann, ist zumindest zweifelhaft. Es ist aber zu berücksichtigen, daß es sich um Massenverkehr[2]) handelt. Deswegen kann man die Bestimmung nicht von vornherein für ungültig erklären; es wird stets auf den Einzelfall ankommen, in welchem Umfang der Sped. eine Prüfungspflicht hatte oder nicht, und ebenso, ob er ihr genügt hat oder nicht. Verstößt der Sped. dann wirklich gegen Treu und Glauben, so haftet er auch[3]).

[1]) Vgl. Verhandlungen 1927 Heft 6 S. 14.

[2]) Auch im Bankgewerbe handelt es sich um Massenverkehr; der Bankier zeichnet sich jedoch keineswegs von der Prüfungspflicht frei, allerdings regelmäßig von der Haftung. Vgl. Verhandlungen a. a. O. S. 19.

[3]) Vgl. Staub § 427 Zusatz 2. Er weist darauf hin, daß nach § 65 EVO, Art. 13 § 2 JÜ die Bahn von einer Prüfung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Begleitpapiere grundsätzlich befreit sei. Trotzdem bejaht er die Verpflichtung der Bahn, wenn sie erheblichen Anlaß zu Bedenken hatte. Es wird also auch auf den Einzelfall abgestellt.

Daß er in gewisser Richtung stets eine Prüfungspflicht hat, haben wir gesehen.

Eine Befreiung des Lagerhalters von der Prüfungspflicht finden wir in §§ 48 B b, C b. Bei § 48 C b erheben sich die gleichen Bedenken wie vorhin.

2. Wir haben in § 10 zum Schluß auf Fälle hingewiesen, in denen der Auftraggeber ohne Verschulden haftet: §§ 5 b, 7 a, 31 ADSp. In welchem Zusammenhang diese Fälle mit der Haftungsfrage stehen, ist oben ausgeführt.

Hier soll untersucht werden, ob die genannten Bestimmungen als Mißbrauch einer Monopolstellung erscheinen, oder ob sie eine vom Gesetz so stark abweichende Regelung enthalten, daß eine freiwillige Unterwerfung nicht ohne weiteres erwartet werden darf.

Isaac bezeichnet diese Haftung des Auftraggebers als Gefährdungshaftung (S. 119, 128) und gibt als Vorbild insbesondere § 427 HGB an. Es fragt sich, was der Kern und Grund dieser Bestimmung ist.

Zunächst eine Vorfrage: Staub bemerkt im Zusatz 1 zu § 427, diese Vorschrift sei eine Sondervorschrift und dürfe über den Tatbestand, für den sie geschaffen sei, nicht ausgedehnt werden. Es kann dahingestellt bleiben, wie weit eine analoge Anwendung auch dieser singulären Vorschrift im Rahmen ihrer ratio legis möglich wäre. Jedenfalls kann, falls eben diese ratio legis zutrifft, auf dem Weg der Vereinbarung eine solche Bestimmung getroffen werden, ohne dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit oder der Abnormität ausgesetzt zu sein.

Der gesetzgeberische Grund ist folgender: Wenn der Absender dem Frachtführer gewisse für die Beförderung wichtige Daten und Papiere nicht oder falch angibt oder übermittelt und zwar solche Daten und Papiere, zu deren Uebermittlung normalerweise er allein imstande ist, dann soll er nicht nur die Gefahr tragen, soweit ihm daraus ein Schaden erwächst, sondern auch haften, soweit der Frachtführer Schaden erleidet.

Im Verhältnis zwischen Versender und Sped. gilt nach dem Gesetz eine ähnliche Vorschrift. Trotzdem muß auch hier dieser Gedanke Platz greifen, wenn der Sped. selbst Frachtführer wird, und darüber hinaus in jedem Fall, weil der vom Frachtführer als Absender wegen falscher Uebermittlung der Daten und Papiere in Anspruch genommene Sped. in vollem Umfang gegen den Versender muß Regreß nehmen können; denn von dem Versender ist die Uebermittlung ausgegangen.

Inwieweit trifft also der gesetzgeberische Grund bei der genannten Bestimmung der ADSp zu?

Nach § 5 haftet der Auftraggeber auch ohne Verschulden, wenn von der Annahme ausgeschlossene, z. B. gefährliche Güter dem Sped. ohne spez. Vereinbarung übergeben werden;

nach § 7a, wenn der Auftraggeber für die ordnungsmäßige Ausführung dem Sped. erhebliche Angaben unrichtig oder unrichtig oder unvollständig macht;

nach § 31, wenn durch einen öffentlichrechtlichen Akt, z. B. Beschlagnahme, Schadensfolgen hervorgerufen werden.

Für die §§ 5b, 7a scheint mir der oben ausgeführte Gedanke ohne weiteres zuzutreffen. Anders ist es bei § 31; aber auch für den dort geregelten Fall ist es m. E. gerechtfertigt, dem Auftraggeber die Gefahrtragung und die darüber noch hinausgehende Haftung dem Sped. gegenüber aufzubürden, weil eine Gefahr wie Akte hoher Hand immer nur auf das Gut sich direkt beziehen, nicht auf den Sped. oder seinen Betrieb. Eine solche Gefahr soll der tragen, der mit dem Wert des Gutes selbst zu tun hat.

Daraus ergibt sich aber, wenn ein Verschulden des Sped. vorliegt, muß dieses berücksichtigt werden (§ 254 BGB). Die Frage, ob die Versicherungsgesellschaften sich auf die genannten Bestimmungen berufen können, muß verneint werden. Es handelt sich, wie bereits in § 8 ausgeführt, um indirekte Haftungsbeschränkungen (nicht gesetzlicher Natur § 2 SVS) [1]).

§ 10.

Die Bedeutung der Kartellverordnung für die Freizeichnungsklauseln.

Nach § 10 Kartell-V.O. kann das Kartellgericht auf Antrag des Reichswirtschaftsministers allgemein aussprechen, die benachbeteiligten Vertragsteile könnten von allen Verträgen zurücktreten, sofern GB von Unternehmungen oder von Zusammenschlüssen solcher (Trusts, Interessengemeinschaften und ähnlicher Verbindungen) geeignet sind, unter Ausnützung einer wirtschaftlichen Machtstellung die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl zu gefährden. Wäre der Vertrag auch ohne die beanstandete Voraussetzung abgeschlossen worden, so kann von den beanstandeten GB zurückgetreten werden.

[1]) Ebenso Koehler EEE 47 S. 17; a. M. anscheinend Isaac S. 337 (allerdings für andere Bestimmungen).

Der Ausspruch des Kartellgerichts wird öffentlich bekannt gemacht. Wenn nach dieser Bekanntmachung ein Vertrag unter der beanstandeten Voraussetzung abgeschlossen wird, ist er insoweit nichtig. § 139 BGB findet entsprechende Anwendung.

Es kommt also darauf an, einmal, ob die Sped. eine wirtschaftliche Machtstellung besitzen, ferner ob sie diese durch die Festsetzung einer Vertragsklausel ausnützen, die geeignet ist, die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl zu gefährden.

I.

Wirtschaftliche Machtstellung ist das gleiche wie Monopol. Auch hier genügt ein relatives Monopol, bei dem ein erheblicher Teil der Nachfrage auf den Monopolinhaber angewiesen ist[1]). Nicht notwendig ist für die Anwendbarkeit des § 10, daß ein Kartell im Sinn des § 1 V.O. vorliegt. Hienach müßte ein schriftlicher Vertrag geschlossen sein, welcher Verpflichtungen über die Anwendung von GB enthält; d. h. die Sped. müßten ihrem Verband gegenüber zur Anwendung der GB verpflichtet sein, was nicht der Fall ist. Es genügt eine wirtschaftliche Machtstellung jeder Art, insbesondere auch jeder Zusammenschluß von Unternehmungen[2]).

II.

Die Vertragsklausel muß vermöge der wirtschaftlichen Machtstellung durchgesetzt sein, wobei das entsprechende subtive Bewußtsein auf Seiten des Monopol-Inhabers vorhanden sein muß[3]). Eine gemeinwirtschaftliche Gefährdung ist nach Tschierschky anzunehmen[4]), wenn die zu beanstandende Organisationspolitik erkennbar einen erheblichen Ausschnitt der Wirtschaft unmittelbar nachteilig beeinflußt und hieraus auch nach der ganzen Stellung des betreffenden Gewerbes in der Volkswirtschaft mittelbar noch weitere Kreise berührt werden müßten; und zwar muß ein seinem geschätzten Umfang und seiner geschätzten wirtschaftlichen Bedeutung nach erheblicher Kreis der Wirtschaft gefährdet erscheinen. Eine Gefährdung des Gemeinwohls[5]) ist anzunehmen, wenn der Träger der wirtschaftlichen Machtstellung das Ziel einer Sicherung der eigenen

[1]) Vgl. Isay, Kartell-V.O. § 10 Anm. 12.
[2]) Isay a. a. O. § 10 Anm. 1.
[3]) Bestritten von Lenich-Fischer, Kartell-V.O. § 10 Anm. 1 c.
[4]) In Isay-Tschierschky S. 70, 71.
[5]) Tschierschky a. a. O. S. 79.

wirtschaftlichen Interessen mit Mitteln durchzusetzen bestrebt ist, die sozialem Rechtsempfinden durch den Umfang und die Art des ausgeübten Zwanges und den Forderungen einer sozialen Wirtschaftsregelung durch rücksichtslose Außerachtlassung gegenüberstehender Interessen widerstreiten.

Notwendig ist aber in beiden Fällen nicht eine unmittelbare Gefährdung, sondern nur die Eignung der Vertragsklausel zur Gefährdung.

Es ist behauptet worden [1]), der Tatbestand des § 10 Kartell-V.O. sei für die Entscheidung in der Frage der rechtlichen Anerkennung einer Freizeichnungsklausel nicht verschieden von dem Tatbestand der Sittenwidrigkeit wegen Monopol-Mißbrauchs (§ 138 BGB). Hier würden die ethischen, dort die wirtschaftlichen Gesichtspunkte mehr hervortreten. So Gierke. Er beruft sich auf Tschierschky a. a. Ort S. 67 ff., der einen solchen Gedanken (S. 80) aber nur für die Frage der Gefährdung des Gemeinwohls, nicht der Gesamtwirtschaft ausspricht.

M. E. ist zwischen beiden Tatbeständen scharf zu unterscheiden. § 138 BGB will eine Ausbeutung des einzelnen Individuums, § 10 Kartell-V.O. eine Schädigung der ganzen Volkswirtschaft verhindern. Der Gegensatz ist nicht so sehr ethisch-wirtschaftlich, als vielmehr Einzelunternehmen — Volkswirtschaft. Allerdings verlangt das RG bei Monopol-Mißbrauch, daß dem allgemeinen Verkehr unbillige Fesseln auferlegt würden; aber es faßt hier offenbar nur den allgemeinen Verkehr als Summe der Einzelunternehmen, nicht den Organismus Volkswirtschaft ins Auge. Für eine Gefährdung der Gesamtwirtschaft sind strengere Voraussetzungen aufzustellen als für eine Schädigung des Einzelunternehmens [2]). Das ergibt sich ohne weiteres aus den oben mitgeteilten Ausführungen. Das gleiche gilt aber für die Gefährdung des Gemeinwohls. § 138 BGB ist nicht in erster Linie mit sozialpolitischem Geist zu erfüllen; vielmehr ist er für die Beziehungen der Individuen, nicht ganzer Wirtschaftskreise geschaffen [3]).

Nach alledem ist es auch einleuchtend, daß es bisher noch nicht zu einer Anwendung des § 10 der Kartell-V.O. im Spe-

[1]) Gierke ZBH 1928, S. 329.

[2]) Im Ergebnis ebenso Diss. Wunderlich S. 50 f.

[3]) Das hindert die Anwendbarkeit des § 138 BGB in einem solchen Fall, dessen Tatbestand unter § 10 Kartellverordnung zu subsumieren wäre, aber nicht, wenn volkswirtschaftliche Beziehungen in individuellen Beziehungen ihren Niederschlag gefunden haben.

ditionsgewerbe kam. Eine volkswirtschaftliche Gefährdung oder besser, die Eignung zu einer solchen Gefährdung durch die AGB von 1923/24 und die ADSp von 1927/29 festzustellen, lag bisher kein Anlaß vor.

Abschnitt II.

Die Freizeichnungsklauseln und die außervertragliche Haftung des Spediteurs.

§ 11.

Die Konkurrenzfrage im allgemeinen.

Wenn der Versender aus dem Speditions-Vertrag gegen den Sped. einen Schadensersatzanspruch geltend macht, beruft sich der Sped. auf seine Freizeichnungsklauseln. Die Haftung des Sped. kann aber nicht bloß auf Vertrag, sondern auch auf einen andern Tatbestand, z. B. unerlaubte Handlung, gegründet werden. Es ist zu erörtern, ob der Sped. sich auch in einem solchen Fall auf die Freizeichnungsklauseln berufen kann. Außer dem Anspruch aus unerlaubter Handlung kommt die Haftung des Besitzers dem Eigentümer gegenüber in Betracht, ferner die Ansprüche aus Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag und auf Grund von culpa in contrahendo.

Den Hauptfall bilden die beiden erstgenannten Tatbestände. Daher ist in diesem Paragraphen zunächst kurz zu untersuchen:

I. Das allgemeine Verhältnis zwischen Vertrags- und Deliktsansprüchen;

II. Das allgemeine Verhältnis zwischen Vertrags- und Eigentumsansprüchen.

III. Das allgemeine Verhältnis zwischen Eigentums- und Deliktsansprüchen.

Danach wird in § 14 die spezielle Erörterung der einzelnen Tatbestände im Hinblick auf die Freizeichnungsklauseln erfolgen.

I.

Die h. M., besonders das RG ist der Ansicht, daß Ansprüche aus Vertrag und Delikt konkurrieren können und zwar, daß beide Ansprüche unabhängig voneinander bestehen. Der gleiche Sachverhalt kann den Tatbestand der Verletzung einer Vertragspflicht (oder der Pflicht eines sonstigen Schuldverhältnisses) erfüllen und zugleich die Merkmale der unerlaubten Handlung aufweisen [1]).

Die Haftung wegen unerlaubter Handlung, welche die Verletzung einer allgemeinen Rechtspflicht darstellt, wird nicht dadurch abgeschwächt, daß daneben eine Vertragspflicht besteht; vielmehr wird die allgemeine Rechtspflicht durch das Bestehen der Vertragspflicht verstärkt [2]).

Dieser Grundsatz erleidet aber eine wichtige Ausnahme. Die vertragliche Haftung kann nach Gesetz oder durch Vereinbarung eingeschränkt sein. Dadurch wird auch eine Abschwächung der Haftung wegen unerlaubter Handlung herbeigeführt, wenn sonst der Zweck des Gesetzes oder der Vereinbarung, nämlich die Einschränkung der Haftung, vereitelt würde. Im folgenden werden wir es nur mit einer Abschwächung der Haftung infolge Vereinbarung zu tun haben.

Der Grund dafür, daß eine solche Abschwächung auch die Haftung wegen unerlaubter Handlung beeinflußt, ist verschieden, je nach dem die Haftung dem Grunde oder der Höhe nach eingeschränkt wird. Bei einer Einschränkung dem Grunde nach fehlt es für das Delikt an der erforderlichen Rechtswidrigkeit [3]); bei einer Einschränkung der Höhe nach kann nur die oben erwähnte Vereitelung des Zwecks der Vereinbarung angeführt werden [4]).

Die unerlaubte Handlung kann sich als solche auch gegen einen Dritten auswirken, der nicht im Vertragsverhältnis steht. Dessen Schadensersatzanspruch wird durch dieses grundsätzlich nicht berührt [5]).

---

[1]) RG 88 S. 317, S. 433; Bd. 118 S. 142. Vgl. Plancks Komm.Vorb. 5 b vor § 823; RGR Komm.Vorbem. 4 vor § 823.

[2]) RG 88 S. 435.

[3]) Vgl. Planck a. a. O.; RGR Komm. a. a. O.

[4]) Vgl. Rundnagel, Haftung S. 12.

[5]) RG Bd. 63 S. 311; Bd. 84 S. 193.

II.

Die Konkurrenz zwischen rei vindicatio und dem Anspruch aus dem Schuldverhältnis bewirkt nicht, daß der Gläubiger bloß diesen oder jenen Anspruch geltend machen könnte. Die Vorschriften beider Tatbestände sind nebeneinander anzuwenden, wenn der Gläubiger beide Ansprüche geltend macht. Der Umstand, daß der Gläubiger Eigentümer ist, beeinflußt aber nicht seinen obligatorischen Anspruch, und anderseits kann der Gläubiger auch lediglich den Eigentumsanspruch geltend machen [1]).

Im einzelnen kann der Eigentumsanspruch durch das Schuldverhältnis beeinflußt werden, insbesondere im Fall des § 991 Abs. 2 BGB.

III.

Die §§ 989 ff. BGB haben das Verhältnis zwischen dem nichtbesitzenden Eigentümer und dem unrechtmäßigen Besitzer im Auge. Unrechtmäßiger Besitzer ist, wer kein oder kein solches Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentümer hat, wie er es redlich oder unredlich auszuüben scheint [2]), z. B. ein Sped. schließt mit einem Nichteigentümer den Speditionsvertrag oder er schließt mit dem geschäftsunfähigen Eigentümer ab; oder aber der Sped. hält sich für einen Frachtführer oder der Lagerhalter für den Eigentümer und beide überschreiten den Rahmen des ihnen zustehenden Besitzrechts [3]).

Was das Verhältnis zu den Deliktsnormen betrifft, so werden diese durch §§ 989 ff. ausgeschlossen. Das ergibt sich aus § 992 BGB; denn nur für den dort geregelten Fall sollen Deliktsgrundsätze Anwendung finden. Ein Ausschluß der §§ 823 ff. BGB findet aber nur insoweit statt, als es sich um die Haftung des Eigenbesitzers handelt. Die §§ 989 ff. BGB beziehen sich zwar nicht nur auf den Eigenbesitzer, sondern auch auf den Fremdbesitzer (vgl. § 991 Abs. 2 BGB). Der unrechtmäßige Fremdbesitzer (ebenso wie natürlich der rechtmäßige) haftet aber nach Deliktsgrundsätzen, wenn er den Rahmen seines ver-

[1]) So die h. M., vgl. Brodmann bei Planck Vorbem. 3 vor § 985. A. M. Siber, Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio 1907. Lent, Gesetzeskonkurrenz S. 291 bestreitet, daß dingliche und Vertragsansprüche des Eigentümers überhaupt zusammentreffen können. Diese Ansicht hängt mit der andern zusammen, daß die Ansprüche der §§ 989 ff. BGB nur gegen den von vornherein unrechtmäßigen Besitzer gegeben seien. Vgl. dazu Wolff § 85. Anm. 20.

[2]) So Wolff Lehrbuch § 85 I.

[3]) Auch in diesem Fall kann von gutem oder bösem Glauben die Rede sein.

meintlichen oder wirklichen Besitzrechts überschreitet, insbesondere auch dann, wenn er redlich ist. Für die Begründung dieser Ansicht muß auf die Kommentare verwiesen werden [1]).

§ 12.

Die Haftung des Spediteurs nach den verschiedenen Tatbeständen.

Von diesen allgemeinen Gesichtspunkten aus soll nunmehr die außervertragliche Haftung des Sped. untersucht werden.

I.

In erster Linie kommt die Haftung auf Grund von Delikt und Besitz in Betracht. Beide Tatbestände müssen zusammen untersucht werden. Hier erhebt sich zunächst die Vorfrage: in welchen Fällen haftet der Spediteur überhaupt nach den Deliktsnormen und in welchen nach den Eigentumsnormen? Wir werden sehen, in welch geringem Maß sich der dargestellte Grundsatz von dem Ausschluß der Deliktsnormen für die Haftung des Sped. auswirken wird. Wir geben folgende Uebersicht der möglichen Fälle:

1. a) Ist der Sped. rechtmäßiger Fremdbesitzer und handelt er im Rahmen seines Besitzrechts, so ist er in keiner Weise schadensersatzpflichtig.

Ueberschreitet er den Rahmen seines Besitzrechts und verletzt fremdes Eigentum, dann wird er nach § 823 BGB haftbar. Das ist unbestritten [2]).

b) Ist der Sped. unrechtmäßiger Fremdbesitzer und redlich und bleibt er im Rahmen seines vermeintlichen Besitzrechts, z. B. er schließt mit dem Nichteigentümer ab, den er für den Eigentümer hält, dann haftet er nicht [3]).

---

[1]) Vgl. RGR Komm. § 992, 2. Eine weitere ausführliche Begründung in RG 101 S. 310; ferner RG 106 S. 152.

[2]) Vgl. von Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 3 S. 902, Anm. 4.

[3]) Z. B. bei dem Lagerhalter X wird irrtümlicher Weise statt bei Y Gut eingelagert; X, der an sein Besitzrecht glaubt, verfügt über das Gut wie ein Lagerhalter, z. B. er versteigert es erlaubterweise bei Verderbsgefahr. — § 991 Abs. 2 BGB kommt hier nicht in Betracht, weil X nicht Besitzmittler ist; er hat mit dem Einlagerer keinen Vertrag geschlossen.

Ueberschreitet er den Rahmen seines vermeintlichen Besitzrechts, dann haftet er

aus § 991 Abs. 2 BGB, falls er einem mittelbaren Besitzer aus einem gültigen Rechtsverhältnis verantwortlich ist;

in allen andern Fällen aus § 823 BGB nach einer festen Gerichtspraxis [1]) u. [2]); wenn gegenüber dem Eigentümer ein Schuldverhältnis bestand, daneben aus Vertrag.

Ist er unredlich, dann haftet der Sped. nach § 823 BGB (feste Gerichtspraxis) nicht nach § 990 BGB [3]).

2. Ist der Sped. unrechtmäßiger Eigenbesitzer und redlich, so haftet er nicht (§ 993, Abs. 1 Satz 2 BGB) [4]). Ist er unredlich, bezw. verklagt, so kommt § 990, bezw. § 989 BGB in Betracht. Endlich kann noch § 992 BGB unter den dort angegebenen Voraussetzungen Anwendung finden.

---

[1]) Vgl. Wolff, Sachenrecht § 85 II: dort Judikatur.

[2]) Z. B. schließt ein geschäftsunfähiger Eigentümer mit dem Sped. den Vertrag und übergibt das Gut dem gutgläubigen Sped. zu Speditionsbesitz, dann haftet der Sped. dem Eigentümer, wenn das Gut infolge Verschuldens des Sped. Schaden leidet. Der Sped. überschreitet hier nicht den Rahmen des Besitzrechts, das er hat, sondern des Besitzrechts, das er zu haben glaubt. Diese Haftung des Sped. ergibt sich nicht aus dem Speditionsvertrag; denn ein solcher ist nicht gültig zustande gekommen; auch nicht aus § 990 BGB, denn der Sped. war gutgläubig; sondern aus unerlaubter Handlung, denn auch bei Bestehen des Besitzrechts, das der Sped. zu haben glaubt, müßte er haften. (Vgl. Wolff a. a. O. 6. Bearbeitung S. 276).

Aus der Ungültigkeit des Speditionsvertrags überhaupt ergibt sich aber zum Unterschied von dem Fall, daß ein Fremdbesitzrecht wirklich besteht, daß der Sped. sich nicht auf die ADSp § 63 berufen kann. Es tritt volle gesetzliche Haftung ein.

[3]) Wenn also irrtümlicher Weise bei dem Lagerhalter X statt bei Y Gut eingelagert wird und X weiß das oder weiß es nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht, dann haftet er nach § 823 BGB, wenn das Gut infolge seines Verschuldens Schaden leidet.

[4]) Einer Speditions-Akt.-Ges. wird ein Ballen Packpapier zur Spedition aufgeliefert. Das Gut befindet sich also im unmittelbaren Fremdbesitz der A.-G. Mittelbarer Besitzer ist der Versender, der von dem Eigentümer verschieden ist. Ein leitender Angestellter der A.-G. der den Vorgang nicht kennt und das Packpapier für der Firma gehörig hält, verfügt darüber wie ein Eigenbesitzer, z. B. er ordnet den Verbrauch des Packpapieres an, oder er veräußert dasselbe. Dann haftet die A.-G. dem Versender aus dem Vertrag; dem Eigentümer gegenüber nach §§ 989 ff.: also wenn der Angestellte an das Eigentum der A.-G. grobfahrlässig glaubte, nach § 990; wenn leicht fahrlässig,

Wir sehen also, daß die §§ 989 ff. BGB sehr selten Anwendung finden werden. Der Sped. als solcher ist stets Fremdbesitzer, entweder rechtmäßig oder unrechtmäßig. Der Fall, daß der Eigentümer vom Auftraggeber des Sped. verschieden ist, wird später noch untersucht werden [1]).

Nach dem Ergebnis der vorstehenden Ausführungen kann sich die weitere Erörterung fast ausschließlich mit dem Tatbestand der unerlaubten Handlung befassen.

§ 63 a ADSp schreibt vor, der Einwand, es liege unerlaubte Handlung vor, sei unzulässig, wenn sich der Sped. auf die Freizeichnungsklausel berufe.

Die Aktivlegimitation bei den Ansprüchen aus Delikt und Vertrag kann derselben Person oder verschiedenen Personen zustehen. Die Klage aus dem Vertrag steht der Vertragspartei zu, die Klage wegen unerlaubter Handlung dem Verletzten. Sind das verschiedene Personen, so ist es klar, daß die ADSp als Vertragsinhalt auch in der Frage des Anspruchs wegen unerlaubter Handlung grundsätzlich mit ihrer Regelung nur die Vertragsparteien binden, also grundsätzlich nicht den vom Versender verschiedenen Verletzten. Um einen Schutz des Sped. auch in dieser Hinsicht herbeizuführen, bestimmen die ADSp in § 63 b, falls ein Dritter gegen den Sped. Ansprüche wegen unerlaubter Handlung erhebe, müsse der Versender den Sped. von diesen Ansprüchen unverzüglich befreien.

Den Hauptfall für den Anspruch aus unerlaubter Handlung gegen den Sped. bildet die Verletzung des Eigentums oder

---

nach § 991 Abs. 2. War der Angestellte, als er, wie wenn der A.-G. der Eigenbesitz zustände, handelte, ohne Verschulden, dann haftet die A.-G. nicht. Die Grundsätze der ungerechtfertigten Bereicherung bleiben unberührt. In dem Beispiel wird der gute und der böse Glaube des Angestellten als solcher der Aktien-Gesellschaft betrachtet (§ 166 Abs. 1 BGB); ebenso ist ihr die Handlung in Ausübung des vermeintlichen Eigenbesitzrechts anzurechnen.

Die Schadenshandlung liegt also im Rahmen des Besitzrechts, welches die A.-G. nach der Ansicht ihres Angestellten hat. Deswegen haftet die A.-G. bei gutem Glauben ihres Angestellten nicht, abgesehen von § 991 Abs. 2 BGB.

[1]) Diese Ausführungen gelten auch, wenn ein sonstiges dingliches Recht durch das Verhalten des Sped. beeinträchtigt worden ist, und die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung finden. (Vgl. §§ 1227, 1065 BGB).

eines sonstigen absoluten Rechts[1]). Daneben kann in Betracht kommen, daß der Sped. gegen ein Schutzgesetz verstößt, z. B. das ihm übergebene Gut beschädigt, den Versender betrügt. Endlich ist der Sped. zum Schadensersatz verpflichtet, wenn er dem Versender oder einem andern in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zufügt.

A) Der Sped. verletzt fahrlässig widerrechtlich fremdes Eigentum, z. B. er unterläßt es, dem Fuhrwerk einen Begleitmann mitzugeben, obwohl er dazu verpflichtet ist; das Gut wird von der Fuhre gestohlen. Oder aber ein unzuverlässiger Packer stiehlt ein Gut.

Hier konkurrieren Vertragsanspruch und Anspruch aus unerlaubter Handlung. Im folgenden sind zwei verschiedene Fragen streng auseinander zu halten, nämlich die Frage des Einflusses der Vertragsregelung einerseits auf die Widerrechtlichkeit der das Eigentum verletzenden Handlung (auf die Haftung dem Grunde nach), anderseits auf die Haftung des Sped. der Höhe nach.

1. Isaac (S. 509) und Senckpiehl (AGB S. 104 ff.) weisen darauf hin, daß der Handlung des Sped. die Widerrechtlichkeit durch Vereinbarung genommen werden kann, nämlich dann, wenn der Sped. sich im Rahmen seiner Vertragspflichten hält. Ist also z. B. die Pflicht zur Mitgabe eines Begleitmannes wegbedungen, dann handelt der Sped. jedenfalls seinem Auftraggeber gegenüber, der zugleich Eigentümer ist, nicht widerrechtlich. Isaac behauptet das gleiche auch für den Fall, daß ein Dritter Eigentümer ist; in dieser Allgemeinheit ist das nicht richtig (s. u.).

Neben der Vertragspflicht des Sped. im Verhältnis zum Auftraggeber können allgemeine Rechtspflichten, insbesondere dem Eigentümer gegenüber bestehen. Die Verletzung dieser allgemeinen Rechtspflicht bildet den Tatbestand der unerlaubten Handlung. Sie wird durch den Vertrag nicht beseitigt, auch nicht dadurch, daß es gerade der Vertrag war, durch den die Möglichkeit der Verletzung dieser allgemeinen Rechtspflicht gegeben wurde. Dabei ist nicht darauf abzustellen, ob der Vertragsgegner und der Eigentümer identisch oder verschieden

[1]) RG 57 S. 354.

sind[1]). Gerade auch wenn sie identisch sind, wird die allgemeine Rechtspflicht dadurch nur „individualisiert und verstärkt, daß der Vertrag dem andern sogar noch ein vereinbartes Recht auf Fürsorge“ gibt[2]).

Selbstverständlich ist es möglich, die allgemeine Rechtspflicht durch Vertrag auszuschließen oder die Haftung zu mildern. Diese Freizeichnung kann aber grundsätzlich immer nur dem Vertragsgegner gegenüber gelten, nicht Dritten gegenüber.

Denn diesen Dritten haftet der Sped. außervertraglich und zwar, ohne daß daneben eine vertragliche Beziehung bestünde. Eine allgemeine Rechtspflicht, fremdes Eigentum zu schützen, besteht jedoch nicht[3]), wohl aber hat das RG im 102. Band S. 34 eine Obhuts- und Ueberwachungspflicht des Sped. an allen in seinem Gewerbebetrieb an ihn gelangenden, in fremdem Eigentum stehenden Sachen anerkannt. Diese Pflicht leitet das RG ab aus dem Bestehen des Gewerbebetriebes als einem „erheblichen Verhältnis“. Diese Pflicht hat der Sped. auch „abgesehen von dem einzelnen geschlossenen Vertrag und der dadurch begründeten Verpflichtung gegenüber dem Einlagerer oder Absender. Das entspricht der Rechtsanschauung und dem Verkehrsbedürfnis“. Wer also diese Pflicht verabsäumt, bewirkt durch rechtswidrige Unterlassung den Schaden. Das RG zieht dann eine Analogie zu der von ihm anerkannten Verpflichtung desjenigen, der einen Verkehr, sei es auf einem Weg, sei es zu oder in einem Hause, eröffnet, und lediglich durch diese rechtserhebliche Tatsache auch die Verpflichtung übernimmt, für die Sicherheit dieses Verkehrs Sorge zu tragen. Ferner kommt die Verpflichtung nach dem RG zum Ausdruck strafrechtlich in den §§ 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 Strafgesetzbuch, zivilrechtlich in § 903 Reichsversicherungsordnung.

Das RG hat weiter (a. a. O. S. 44) ausgeführt, der Sped. könne sich gegenüber dem Anspruch des Eigentümers aus unerlaubter Handlung nicht auf die Haftungsbeschränkungen berufen, auch nicht, wenn der Eigentümer sie gekannt hätte. Nur dann würden sie Platz greifen, wenn der Eigentümer ausdrücklich oder stillschweigend jenen Bedingungen sich unterworfen hätte.

---

[1]) Bei Verschiedenheit beider wird die Frage natürlich praktisch besonders wichtig.

[2]) RG 88 S. 435.

[3]) So RG 97 S. 12; RG 4. 2. 28 HRR 1928, 831.

Diese Ansicht des 6. Senats wird im 105. Bd. S. 304 vom 1. Senat aufrecht erhalten [1]). Die Ersatzpflicht des Eigentümers wird dort aber mit Recht verneint, wenn der Sped. oder Frachtführer seiner Obhutspflicht genügt hat, aber andere vertragliche Pflichten gegenüber seinem Vertragsgegner verletzt hat, selbst wenn die Erfüllung dieser Vertragspflicht den Erfolg gehabt hätte, eine trotz genügender Obhut eingetretene Beeinträchtigung des Guts zu vermeiden.

Gegen den Standpunkt des RG bestehen keine Bedenken.

Die Literatur hat in verschiedener Weise Stellung genommen. Staub § 407 Anm. 17 steht auf dem Standpunkt des RG. Für die Frage, ob die Berufung auf die Haftungsbeschränkung zulässig ist, unterscheidet er im Anschluß an das RG. Allerdings bespricht er nur den Fall, ob der Frachtführer oder Zwischenspediteur, der mit dem Sped. als A b sender unter Befreiungsklauseln abgeschlossen hat, sich auf diese dem Eigentümer gegenüber berufen kann. Aber das gleiche muß gelten, wenn der vom V e r sender verschiedene Eigentümer gegen den Sped., mit dem der Versender unter Befreiungsklauseln abgeschlossen hat, klagt.

---

[1]) Schon in RG 63 S. 308 (dazu Senckpiehl JW 1923 S. 179) wird der Gedanke einer Obhutspflicht gegenüber dem Eigentümer ausgesprochen, die neben den vertraglichen Pflichten besteht. Dem Anspruch des Eigentümers gegenüber kann sich der beklagte Frachtführer nicht auf die Befreiungsklausel des Schleppvertrags berufen. Der Fall, ob diese Berufung zulässig ist, wenn der Frachtvertrag im Auftrag des Eigentümers geschlossen wurde, bleibt ausdrücklich dahingestellt.

Ebenso kann man aus RG 7. 3. 1921 LZ 1921, 337 Nr. 3 eine solche Obhutspflicht des Besitzers entnehmen.

In RG 4. 2. 28 HRR 1928, 831 wird die Obhutspflicht aus der Eigenschaft als Schleppschiffahrtsunternehmer als einem besonderen Rechtsverhältnis hergeleitet. Die außervertragliche Natur dieser Sorgfaltspflicht des Transportunternehmers wird ausdrücklich anerkannt. Sie kann gegeben sein, bevor und ohne daß ein Beförderungsvertrag abgeschlossen wird.

In RG 12. 5. 28 HRR 1928, 1802, EEE 48, 284 wird die Berufung auf die Freizeichnungsklausel im Fall der schuldhaften Verletzung der Obhutspflicht nicht zugelassen.

Vgl. auch OLG Hamm VR 2, 271; 3, 470.

Ist im Auftrag oder mit Vorwissen [1]) des Eigentümers abgeschlossen worden, so kann sich der Sped. auf die Befreiungsklauseln berufen, sofern der Abschluß zu diesen notwendig oder verkehrsüblich war [2]).

Anders wenn der Vertrag nicht im Auftrag des Eigentümers, sondern ohne sein Vorwissen [1]) abgeschlossen wurde [3]).

Ebenso halten Endemann [4]) und Carlebach [5]) das Ergebnis des RG für richtig.

Bekämpft wird die Ansicht des RG (102, S. 42) von Senckpiehl AGB S. 104 ff. Er hält Begründung und Ergebnis für verfehlt. Senckpiehl wendet ein, die vom RG gezogene Analogie zu der Regel über die Verkehrseröffnung sei nicht durchschlagend, da sich die fragliche Regel nur auf Personenverkehr beziehe. Das mag in der Hauptsache richtig sein [6]). Gegen die analoge Anwendung spricht es aber nicht; denn der Grund der Analogie, die gleiche Interessen- oder Rechtslage, trifft zu; wer eine Gefahrenquelle schafft und daraus Nutzen zieht, muß die größte Sorgfalt beachten, um die Gefährlichkeit des Betriebs soweit als möglich herabzumindern. Er muß für die möglicherweise entstehenden Schäden, sofern er diese Sorgfaltspflicht verletzt, haften. Die gleichen Gründe stehen dem weiteren Einwand entgegen, die vom RG zur Analogie angezogenen Bestimmungen, insbesondere die strafrechtliche Bestimmung (§§ 222 Abs. 2, 230 Abs. 2 Strafgesetzbuch) würden sich ebenfalls nur

---

[1]) Staub weicht also von der Ansicht des RG im 102. Band S. 44 ab, indem er bloßes Wissen des Eigentümers genügen läßt. Jedoch wird sich der Unterschied praktisch nicht auswirken, da eine stillschweigende Billigung des Eigentümers wohl stets anzunehmen ist, wenn er von der Versendung Kenntnis hat und nicht widerspricht.

[2]) RG 77 S. 317; 75 S. 172; 70 S. 176.

[3]) RG 77 S. 320; 63 S. 312.

[4]) Endemann in JW 1921 S. 1315 zu 10 (RG 102 S. 38) erhebt aber gegen die Begründung des RG Bedenken, besonders für den Fall, daß auf den Empfänger des Guts noch nicht Eigentum übergegangen sei. Er will den Schadensersatzanspruch des Empfängers auf Vertrag gründen. Der Versender habe das Interesse des Adressaten an einer sorgfältigen Ausführung des Transports zum Inhalt des Vertrags gemacht.

Wenn aber dem Versender nicht selbst unmittelbar ein Recht zusteht, so ist nicht ersichtlich, warum nicht eine Abtretung genügen soll. Endemann verkennt das nicht; er will nur dem Empfänger einen ihm von vornherein zustehenden Anspruch verschaffen. (Vgl. auch RG 7. 3. 25, EEE 45, 93.)

[5]) JW 1922 S. 88. Er weist auf Fälle hin, in denen das Eigentum schon bei der Versendung auf den Käufer übergegangen war. Gegen Carlebach Isaac JW 1912 S. 574.

[6]) Vgl. RGR Komm. § 823, 6.

auf Personenverkehr beziehen. Richtig ist, daß sie im öffentlichen Interesse aufgestellt sind; aber deswegen ist das private Interesse doch vorhanden und wird auch berücksichtigt, wie die Notwendigkeit des Strafantrags im Fall des § 230 Abs. 2 Strafgesetzbuch zeigt (§ 232 St.G.B.).

2. Eine generelle Haftungsbefreiung oder Beschränkung nimmt der Handlung niemals als solcher die Widerrechtlichkeit. Denn wenn auch die Haftung gültig beseitigt wird, so bleiben trotzdem die Pflichten des Sped. bestehen; ihre Beseitigung ist nur durch spez. Abrede möglich. Wenn also in diesem Fall die Handlung zwar widerrechtlich ist, so kann deswegen trotzdem unter Umständen eine Haftung nicht eintreten. Der Sped. kann sich nämlich gegenüber dem Deliktsanspruch nach § 63 ADSp auf die Freizeichnungsklauseln berufen. Indessen ist hier zu unterscheiden.

Wenn Auftraggeber und Eigentümer identisch sind, ist die Berufung ohne weiteres statthaft; denn sonst würde die Haftung, die gerade ausgeschlossen werden soll und gültig ausgeschlossen werden kann, auf dem Umweg über die Deliktsnormen zur Geltung kommen.

So die allgemeine Meinung [1]). Die im Kommentar von Staudinger (vor § 823 unter III) vertretene Ansicht [2]), ein über die Haftungsgrenze hinaus angerichteter Schaden sei nicht widerrechtlich, ist falsch. Von Widerrechtlichkeit des Schadens kann man überhaupt nicht reden; nur von Widerrechtlichkeit der Handlung, die zu dem Schaden geführt hat. Darauf hat aber die Haftungsbegrenzung (im Sinn der §§ 51 ff. ADSp, nicht im Sinn einer Haftungserleichterung durch Wegdingen einer Pflicht) keinen Einfluß. Denn sollte wirklich die Handlung, soweit sie zu dem bis zur Haftungsgrenze reichenden Schaden führt, widerrechtlich sein, im übrigen aber nicht widerrechtlich? Das gilt aber auch für den gänzlichen Haftungsauschluß; man braucht sich nur vorzustellen, daß die Haftungsgrenze bis Null sinkt.

Wenn Auftraggeber und Eigentümer verschieden sind, so kommt es darauf an, ob der Eigentümer weiß, daß sein Gut zur Versendung kommt, und damit einverstanden ist oder nicht [3]).

---

[1]) Literatur und Judikatur s. bei Isaac S. 510.

[2]) Zitiert nach Isaac S. 510. In der 7., 8. und 9. Aufl. v. Staud. habe ich aber a. a. O. die fraglichen Ausführungen nicht gefunden.

[3]) Vgl. Rundnagel, Haftung S. 12 ff. Gierke Handels- und Schiffahrtsrecht S. 637, 638.

Im ersten Fall kann sich der Sped. auf die Freizeichnungsklauseln berufen, außer bei Vorsatz. Der Eigentümer muß sich so behandeln lassen, wie wenn er das Gut selbst versandt hätte. Er verstößt gegen Treu und Glauben, wenn er entgegen den Bestimmungen des mit seinem Wissen und Willen über seine Sache geschlossenen Versendungsvertrags Rechte aus unerlaubter Handlung abzuleiten sucht[1]).

Zu weit geht Isaac a. a. O., wenn er es genügen läßt, daß der Eigentümer den Umständen nach damit rechnen muß, daß sein Gut einem Sped. übergeben wird. Seine Begründung dafür ist keineswegs stichhaltig; sie spricht gegen seine eigene Ansicht; er sagt, der Eigentümer billige stillschweigend die Abmachungen, die der Auftraggeber des Sped. mit dem Sped. trifft. Von einer Billigung kann nur bei positivem Wissen des Eigentümers die Rede sein. Und die Billigung ist eben notwendig, damit der Sped. einem Dritten gegenüber sich auf seine Haftungsgrenzen berufen kann. Fällt dem dritten Eigentümer nur Fahrlässigkeit zur Last, dann kommen lediglich die gesetzlichen Vorschriften zur Anwendung; es ist zu beachten, daß es sich um ein Verschulden des Eigentümers gegen sich selbst handelt, das nach Maßgabe des § 254 BGB berücksichtigt werden muß. Also auch hier kann es auf eine beschränkte Haftung des Sped. herauskommen, aber auf eine solche, die im billigen Ermessen des Richetrs steht, und auf einem anderen Weg, als Isaac will.

Der Eigentümer weiß nichts davon, daß sein Gut zur Versendung kommt. Der Auftraggeber übergibt dem Sped. das Gut; dieser wird unrechtmäßiger, unmittelbarer Fremdbesitzer, jener mittelbarer Besitzer.

Ein Anspruch aus dem Vertrag steht dem Eigentümer nicht zu, da er nicht Vertragspartei ist und der Vertrag auch nicht zu seinen Gunsten geschlossen worden ist. Rundnagel a. a. O. S. 15 will in dem analogen Fall den Eigentumsanspruch gegen die Eisenbahn geben — das wäre hier gegen den Sped. —, weil die Eisenbahnen dem Eigentümer gegenüber nicht zum Besitz berechtigt seien. Ebenso sei der Deliktsanspruch gegeben. Delikts- und Eigentumsansprüche konkurrieren also miteinander,

[1]) So RG 70 S. 174 für die Haftung des Frachtführers; ferner RG 92 S. 8; KG 22. 10. 24 SSZ 1929 S. 378. Die Urteile RG 102 S. 38, 105 S. 302 sind m. E. nicht abweichend, da sie sich auf die Frage der Widerrechtlichkeit beziehen. Anders Gierke und Rundnagel a. a. O. Vgl. ferner Senckpiehl AGB S. 101; Isaac S. 510.

unabhängig von dem Vertragsanspruch des Versenders. Dagegen soll die Deliktshaftung durch die mildere Haftung des Sped. eingeschränkt werden. Rundnagel unterscheidet deswegen, ob der Besitz des Gutes redlich oder unredlich erworben wurde.

Es ist richtig, daß dem Eigentümer der Anspruch aus unerlaubter Handlung zusteht, ohne von dem Speditionsvertrag, also den GB beeinflußt zu werden. Das ergibt sich aus dem Gegensatz zu dem vorhin angenommenen Fall, daß das Gut mit Vorwissen und der Ermächtigung des Eigentümers versandt wurde. Im übrigen ist im Anschluß an Rundnagel zu unterscheiden.

Hat der Sped. gutgläubig den Besitz des Gutes von dem Nichteigentümer erworben, dann greift § 991 Abs. 2 BGB Platz, Der Sped. hat demgemäß von dem Erwerb des Besitzes an den infolge Verschlechterung, Untergangs oder sonstiger Unmöglichketi der Herausgabe eingetretenen Schaden dem Eigentümer gegenüber nur insoweit zu vertreten, als er dem mittelbaren Besitzer, d. h. dem Auftraggeber, verantwortlich ist. Er wird also im Verhältnis zum Eigentümer so behandelt, wie wenn er mit ihm den Speditionsvertrag abgeschlossen hätte; er kann sich also auf seine Haftungsgrenze berufen [1]).

Ist der Sped. nicht redlich, so haftet er nach §§ 823 ff. BGB. Auf die Freizeichnungsklauseln kann sich der Sped. nicht berufen. Ist der bevollmächtigte Angestellte des Sped. unredlich, so muß dieser das Kennen oder Kennenmüssen des Angestellten nach § 166 BGB gegen sich gelten lassen.

Wenn wir unsere Ausführungen zusammenfassen, so ergibt sich, daß der Sped. sich stets auf seine Freizeichnungsklauseln berufen kann, wenn Versender und Eigentümer identisch sind; sind sie verschieden, so ist die Berufung auf die Klauseln bloß zulässig, wenn der Eigentümer mit der Versendung einverstanden war. War der Eigentümer nicht einverstanden, so haftet

[1]) Wenn der Sped. dem mittelbaren Besitzer nicht aus Vertrag oder sonstwie verantwortlich sein sollte (z. B. der Auftraggeber war bei Abschluß des Speditionsvertrags geschäftsunfähig und der Sped. ist nicht bereichert) und er überschreitet fahrlässig den Rahmen seines vermeintlichen Besitzrechts, so haftet er dem Eigentümer voll nach dem Gesetz; auf die ADSp kann er sich nicht berufen, da ein gültiger Vertrag mit dem Auftraggeber nicht zustande gekommen ist.

also der Sped. voll[1]); eine Ausnahme gilt für das Anwendungsgebiet des § 991 Abs. 2 BGB.

B) Der Sped. verstößt gegen ein den Schutz eines andern bezweckendes Gesetz und wird schadensersatzpflichtig. Soweit das Schutzgesetz nur vorsätzlich übertreten werden kann, ist die Berufung auf die Freizeichnungsklauseln unzulässig. Die im Strafgesetzbuch enthaltenen Schutzgesetze, die praktisch in Betracht kommen (nämlich die Eigentumsdelikte: Diebstahl, Unterschlagung, Sachbeschädigung usw.), stellen alle das Erfordernis einer vorsätzlichen Handlung auf. Auch wenn das Vermögen Schutzobjekt ist, z. B. bei Betrug, kommt nur eine vorsätzliche Handlung in Betracht, und gerade in diesem Fall ist der § 823 Abs. 2 BGB von Bedeutung.

Es bleiben also bloß Schutzgesetze übrig, die fahrlässig übertreten werden können. Fällt der diesbezügliche Tatbestand unter § 823 Abs. 1 BGB, so gelten die Ausführungen hierüber. Das wird wohl stets der Fall sein; denn praktisch wird die fahrlässige Eigentumsverletzung immer den Grund der Schadensersatzklage abgeben. Für den Eigentümer kann es nun allerdings vorteilhafter sein, die Klage auf § 823 Abs. 2 BGB zu stützen, weil der Verschuldensbeweis unter Umständen leichter zu führen ist[2]) (nämlich dann, wenn eine Polizeiverordnung übertreten wird). In einem solchen Fall also beeinflußt das Vertragsverhältnis in den oben angegebenen Grenzen die Deliktshaftung.

Wenn jedoch der Schadenserfolg von dem Sped. zwar infolge unsorgfältiger Ausführung des Auftrags herbeigeführt, aber für den vertraglichen Ersatzanspruch nicht erfaßbar ist, wenn also ein Anspruch aus unerlaubter Handlung vorliegt, der aus dem bestehenden Vertragsverhältnis niemals entspringen könnte, so kann die vertragliche Regelung auf den Deliktsanspruch auch keinen Einfluß haben. Ebenso Rundnagel, Haftung usw. S. 13 Anm. 7. Er gebraucht folgendes Beispiel für die Eisenbahn, das wir hier für den Sped. verwenden.

Gesetzt den Fall, daß den Beförderungsunternehmern durch Polizeivorschrift im Interesse der Viehbesitzer aufgegeben wird, Vieh nur dann zur Beförderung anzunehmen, wenn eine tierärztliche Bescheinigung über den Gesundheitszustand beige-

[1]) Von dem Fall des geschäftsunfähigen Eigentümers (vgl. S. 122 Anm. 3) und von dem in der vorhergehenden Anm. erwähnten Fall wird hier und im folgenden abgesehen; es sind Ausnahmefälle.

[2]) Vgl. Enneccerus § 452, III, 2 u. Anm. 13.

bracht wird, und daß kranke Tiere, deren Annahme ohne ein solches Zeugnis versehentlich erfolgt ist, während der Beförderung andere Tiere und diese wiederum nach der Einstallung den ganzen Viehstand des Empfängers anstecken. Was die während der Beförderung angesteckten Tiere betrifft, so haftet der Sped. aus dem Vertrag nach Maßgabe der ADSp, aus Delikt ebenso; nur wenn Versender und Eigentümer verschieden waren, der Eigentümer mit der Versendung nicht einverstanden war, und der Fall des § 991 Abs. 2 BGB nicht Platz greift, ohne Rücksicht auf die ADSp. Dem Empfänger aber, dessen ganzer Viehstand angesteckt wird, haftet er stets nach §§ 823 ff. BGB, ohne sich auf die Freizeichnungsklauseln berufen zu können. Denn es handelt sich um keine positive Forderungsverletzung, da der Empfänger an dem Speditionsvertrag nicht beteiligt ist und deshalb kein Recht, das verletzt worden sein könnte, daraus herleiten kann, insbesondere nicht das Recht auf ordnungsmäßige, sorgfältige Ausführung des Speditionsvertrags.

Wenn allerdings der Versender der während der Beförderung angesteckten Tiere und der Empfänger identisch sind, so liegt eine positive Forderungsverletzung vor [1]). Doch wird auch hier eine Berufung auf die Freizeichnungsklauseln nicht zulässig sein, da es sich um keinen typischen Speditionsschaden handelt [2]). § 62 ADSp steht nicht entgegen. Er bezieht sich nur auf den Umfang des Schadens, nicht auf den Grund des Schadens. Das zeigt der Hinweis auf §§ 249 ff. BGB.

C) Ist der Tatbestand des § 826 BGB erfüllt, so kann sich der Spediteur auf eine Befreiungsklausel nicht berufen. § 276 BGB.

Wir haben seither nur § 63 a ADSp betrachtet. Diese Vorschrift faßt im Grund genommen lediglich das Verhältnis zwischen dem Sped. und Versender ins Auge, nicht das Verhältnis zwischen Sped. und drittem Eigentümer. Der Einfluß der ADSp auch auf dieses Verhältnis ist des Zusammenhangs wegen seither mitbetrachtet worden.

§ 63 b ADSp hat gerade dieses Verhältnis zum Gegenstand. Wenn nämlich der (dritte) Eigentümer gegen den Sped. wegen unerlaubter Handlung klagt, ist der Versender verpflichtet, den Sped. von seiner Schadensersatzpflicht (nicht von dem Anspruch, wie § 63 b sagt), zu befreien. Diese Befreiungspflicht greift aber, wie § 63 b ausdrücklich bestimmt, nur Platz, wenn An-

[1]) Vgl. Enneccerus § 278, I.
[2]) OLG Dresden 21. 5. 26 JW 1926 S. 2105.

sprüche wegen einer unerlaubten Handlung geltend gemacht werden, die dem Sped. nach § 63 a nicht entgegengehalten werden kann. Das ist der Fall, wenn der Sped. sich auf seine Freizeichnungsklauseln beruft. Würde also der Anspruch, vom Versender geltend gemacht, auf die Freizeichnungsklauseln stoßen, dann soll den Versender die Befreiungspflicht treffen, aber — das ist die selbstverständliche, stille Voraussetzung — falls dem vom Dritten geltend gemachten Anspruch nicht die Freizeichnungsklauseln entgegengehalten werden können. § 63 b geht mit Recht davon aus, daß letzteres grundsätzlich der Fall ist; es faßt deswegen in § 63 a auch nur das Verhältnis zwischen Versender und Sped. ins Auge. Niemals kann § 63 b so ausgelegt werden, daß der Versender zur Befreiung gerade dann verpflichtet sein soll, wenn sich der Sped. dem Dritten gegenüber auf die Freizeichnungsklauseln berufen kann. Für den Sped. ist es gleichgültig, ob er die Freizeichnungsklauseln dem Versender oder dem Dritten gegenüber geltend macht. Eine solche Auslegung, wie eben angedeutet wurde, würde am Wortlaut kleben, den Zusammenhang mit § 63 a außer Acht lassen und zu einem unmöglichen Ergebnis führen, das durch nichts gerechtfertigt ist. Die Fassung des § 63 b ist allerdings nicht sehr glücklich.

Nun aber haben wir gesehen, der Grundsatz, daß der Anspruch des Dritten durch die Freizeichnungsklauseln nicht berührt wird, kommt in den meisten Fällen nicht zur Anwendung, sondern nur dann, wenn der Eigentümer mit der Versendung nicht einverstanden und der Sped. bösgläubig war. Nur in diesem Falle kann also den Versender eine Befreiungspflicht treffen.

Gerade aber hier ist sie gänzlich ungerechtfertigt[1]). Die Folgen seiner Unredlichkeit soll der Sped. selbst tragen und nicht auf einen andern abwälzen können. Seine etwaigen Regreßansprüche gegen den Versender bleiben natürlich unberührt. Die Bestimmung selbst ist für diesen Fall als unbillig und zweifellos mißbräuchlich zu bezeichnen, wenn sie dem Versender wirklich von einem Monopolinhaber aufgezwungen wird.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Bestimmung zum großen Teil unnötig und überflüssig, zum andern Teil nichtig ist. Zum gleichen Ergebnis kommt Köehler EEE 46 S. 383 für den entsprechenden § 69 b ADSp 27. Er führt das Beispiel

[1]) Die auf S. 122 Anm. 3 und auf S. 131 Anm. 1 genannten Fälle sind hier nicht berücksichtigt. Die ADSp finden auch hier keine Anwendung, weil eine gültige Vereinbarung nicht stattgefunden hat.

an, nicht der Sped. hätte nach § 69 b den Empfänger zu entschädigen, wenn er beim Abladen dessen Eigentum beschädigt, sondern der Auftraggeber des Sped. Das sei unmöglich. Diese Begründung war für § 69 b ADSp 27 durchschlagend; denn dort wurde eine Befreiungspflicht unter allen Umständen aufgestellt. Das Ergebnis bleibt sich aber für § 63 b ADSp 29 gleich.

II.

Bereicherungsansprüche gegen den Sped. werden durch die ADSp nicht berührt (anders nach § 69 b ADSp 27) [1]).

Auf einen Fall der Bereicherung sind wir schon oben eingegangen. Namentlich ist der Sped. dann bereichert, wenn er unrechtmäßiger gutgläubiger Eigenbesitzer ist, er hält z. B. einen Ballen Packpapier ohne grobe Fahrlässigkeit für sein Eigentum. Veräußert er diesen Ballen an einen gutgläubigen Erwerber, dann muß er nach § 816 BGB den Kaufpreis herausgeben.

Der Anspruch, der mit dem Verkehrsvertrag unmittelbar zusammenhängt, ist durch die Speditionsversicherung gedeckt. § 3 Ziff. 5 SVS. Isaac S. 337 sagt dazu lediglich, auch eine Haftung aus ungerechtfertigter Bereicherung könne in Frage kommen. Wenn das richtig ist, so würde dem Auftraggeber die Versicherungsgesellschaft haften. Kann sich der Sped. dann aber auf seine Freizeichnungsklauseln berufen, wenn der Auftraggeber die Versicherung untersagt hat? Die Frage ist zu verneinen. Denn alle Klauseln zeichnen nur von der Haftung für „Schaden“ frei; der Bereicherungsanspruch geht aber nicht auf Schadensersatz.

Ist die Versicherung genommen, so kann sich der Sped. aus dem gleichen Grund auf § 41 ADSp nicht berufen. Aber es ist hiebei zu beachten, daß der Auftraggeber dann nicht entreichert ist, wenn und soweit sein Anspruch durch die Versicherungsgesellschaft gedeckt ist. Allerdings ist dieser Anspruch auf s e i n e Kosten gedeckt. Er hat ja die Prämie bezahlt — aber der Versicherungsgesellschaft, nicht dem Sped., der deswegen auch nicht etwa um die Prämie bereichert ist [2]).

[1]) Ein Beispiel gibt RG Bd. 118 S. 142.

[2]) Z. B. der Auftraggeber zahlt dem Sped. die doppelte Gebühr; die Versicherungsgesellschaft haftet, nicht aber der Sped. Ist der Verlust nicht durch die Versicherungsges. gedeckt, haftet der Sped. nach dem Gesetz. — Oder der Sped. ist redlicher Eigenbesitzer eines Ballen Packpapiers, das er im Geschäftsbetrieb verbraucht. Hat er eine Ersparnis gemacht, so haftet die Versicherungsges.; sonst nicht. — Ver-

Es fragt sich, ob der Sped. dann gegenüber der Versicherungsgesellschaft bereichert ist. Die Frage ist zu verneinen, da eine unmittelbare Vermögensverschiebung, wie sie die herrschende Meinung verlangt[1]), nicht vorhanden ist.

Die Ansicht Isaac's führt also zu unerfreulichen Konsequenzen. Sie ist deshalb abzulehnen. Die Speditionsversicherung ist eine Schadensversicherung; das sagt § 2 SVS deutlich genug. § 3 SVS macht davon keine Ausnahme, auch nicht Ziff. 5. Hier wird nur der Umfang der Versicherung abgegrenzt.

III.

Selten werden Ansprüche aus echter oder unechter Geschäftsführung ohne Auftrag sein. Z. B. der Sped. nimmt eine Transportversicherung, ohne daß ein Auftrag vorliegt[2]) und [3]). Auf die Haftpflicht des Sped. z. B. gemäß §§ 678, 681, 682 BGB sind hier die ADSp ohne Einfluß[4]). Es handelt sich bei den angeführten Bestimmungen zwar, anders als bei den Bereicherungsansprüchen, um Schadenshaftung; aber der geltend gemachte Anspruch liegt so sehr außerhalb der vertraglichen Regelung, daß es einer klaren Bestimmung bedurft hätte, falls die ADSp (z. B. die Verjährungsvorschrift) auch hier gelten sollten, abgesehen davon, daß ein Bedürfnis nicht vorhanden ist.

IV.

Einen Anspruch aus culpa in contrahendo nimmt das RG an, falls der Vertrag gültig zustande kommt und die eine Partei Umstände schuldhaft verschwiegen oder unrichtig angegeben hat, von denen sie sich sagen mußte, daß sie für den Willens-

äußert der Sped. den gestohlenen Ballen Packpapier, dann haftet die Versicherungsges. nur auf den Kaufpreis, wenn er auch noch so gering gewesen ist. § 816 BGB. (Mit der Geltendmachung der condictio hat der Auftraggeber die Veräußerung genehmigt, RG 106 S. 44; nicht ist § 281 BGB nach RG 115 S. 32 anwendbar).

[1]) Vgl. Enneccerus § 441, II.

[2]) Für die Frage, wer die Prämie bezahlen muß, vgl. oben § 7.

[3]) Ein Beispiel gibt auch KG 7. 11. 28 SSZ 1929 S. 97. Im Urteil wird zwar die Annahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag abgelehnt, es geht aber hervor, daß im Fall einer solchen Annahme die Freizeichnungsklauseln nicht zur Anwendung kommen würden.

[4]) Für das Beispiel leuchtet das ohne weiteres ein; denn der Sped. hat sich hier geradezu außerhalb des Rahmens der ADSp gestellt. Vgl. § 35 ADSp.

entschluß des andern Teils von wesentlicher Bedeutung seien. Gehaftet wird aber nur für das negative Interesse, wenn nicht etwa der Kläger nachweist, daß es ihm bei Mitteilung der wirklichen Sachlage gelungen wäre, den Vertrag unter entsprechend günstigeren Bedingungen zu schließen [1]).

Ebenso wird die Haftung anerkannt, wenn der Vertrag nicht zustande kommt [1]). Wegen culpa in contrahendo haften die Parteien auf das negative Interesse, wenn sie es verschuldet haben, daß es wegen versteckten Dissenses zu einer Einigung nicht gekommen ist, und zwar je nachdem beide Parteien unter dem Gesichtspunkt des § 254 BGB, oder nur die eine Partei, falls nur sie ein Verschulden trifft [2]).

§ 278 BGB findet entsprechende Anwendung [3]).

Es fragt sich, ob der Sped., der für culpa in contrahendo haftet, sich auf die Freizeichnungsklauseln berufen kann. Das ist ohne weiteres zu verneinen für den Fall, daß ein Vertrag zwischen Sped. und Auftraggeber nicht zustande kommt, also wenn versteckter Dissens vorliegt und den Sped. dabei ein Verschulden trifft. Denn hier werden die ADSp überhaupt nie wirksam.

Aber auch für den Fall des Zustandekommens des Vertrags muß man zum gleichen Ergebnis gelangen. Die Haftung für culpa in contrahendo bedeutet das Einstehenmüssen für eine Sorgfaltspflicht, die jedenfalls nicht aus dem Vertrag hergeleitet werden kann, der unter den Parteien erst geschlossen werden soll und u. U. gültig zustande kommt. Die Konstruktionsfrage, ob die genannte Pflicht aus einem gesetzlichen Rechtsverhältnis oder aus einer Art Vorvertrag entspringt [4]), ist hier nicht zu erörtern.

Aus alledem muß man den Schluß ziehen, daß die Haftung für culpa in contrahendo als eine im obengenannten Sinn außervertragliche Haftung, oder besser eine vorvertragliche Haftung von den ADSp nicht berührt werden kann, da diese eben nur durch den Hauptvertrag wirksam werden. Man kann auch nicht sagen, daß ähnlich wie bei der Haftung aus Delikt die ADSp deswegen Geltung haben müssen, weil sonst die Haftungsbeschränkung wertlos wäre. Denn einmal handelt es sich

[1]) Vgl. Enneccerus § 266, III. – RG 95 S. 58; 97 S. 327; 103 S. 50, 159; 107 S. 362; 120 S. 250.

[2]) Vgl. RGR Komm. § 155 Anm. 2.

[3]) RG 103 S. 50.

[4]) Vgl. Stoll LZ 1923 S. 539 ff.

nicht um Verschulden n a c h Vertragsschluß, sondern b e i Vertragsschluß; und ferner handelt es sich hier nicht um Konkurrenz von Ansprüchen, wie bei Vertrags- und Deliktsansprüchen, sondern mit dem Anspruch aus culpa in contrahendo konkurriert kein Vertragsanspruch.

Diese Gründe gelten auch für den Fall, daß die Speditionsversicherung den Schaden deckt und der Sped. sich auf § 41 ADSp beruft. Das ist nicht zulässig. Wenn die Parteien Freizeichnungsklauseln vereinbaren, so tun sie das ganz offenbar nur im Hinblick auf ein späteres schuldhaftes Verhalten. An ein Verschulden bei Vertragsschluß denken sie regelmäßig nicht und wollen deshalb auch keine Freizeichnung. Es ist deshalb anzunehmen, daß der Spediteur sich von der Haftung für culpa in contrahendo gar nicht freizeichnen will.

Lebenslauf.

Am 28. September 1906 wurde ich in Stuttgart als Sohn des Oberstudiendirektors Dr. phil. Philipp Weller und seiner Ehefrau Martha geb. Schoellkopf geboren. Ich besuchte das Gymnasium in Eßlingen und bestand im Jahre 1925 die Reifeprüfung. Im gleichen Jahr bezog ich die Universität Tübingen als Studierender der Rechtswissenschaft. Nachdem ich später noch die Unversitäten München und Berlin besucht hatte, bestand ich im Herbst 1929 in Tübingen das Referendarexamen. Zur Zeit bin ich unter Zuteilung an das Amtsgericht Eßlingen beim Oberamt Eßlingen beschäftigt.

Ich gestatte mir, dem Referenten dieser Arbeit, Herrn Professor Dr. Schönfeld (Tübingen) an dieser Stelle meinen verbindlichsten Dank auszusprechen. Gleichermaßen danke ich Herrn Alfred Schoellkopf, Stuttgart, für die Beschaffung der in § 3 erwähnten Konnossemente und sonstigen Materials.